CAPERN – 055M
C.P. – P.L. 43
Loi sur les mines
TEXTE FRANÇAIS

Conseil Tribal de la Nation Algonquine Anishinabeg

Mémoire présenté à la commission de l'agriculture, des pêcheries, de l'énergie et des ressources naturelles
dans le cadre des consultations particulières et auditions publiques sur
le Projet de loi n°43, *Loi sur les mines*
Assemblée nationale du Québec
Septembre 2013

Table de matières

1. Introduction 1
2. La Nation Algonquine Anishinabeg 1
3. Le maintien du régime minier de libre entrée 2
4. L'exploitation minière et les droits ancestraux 3
   a) L'objectif du Projet de loi n°43 3
   b) L'énoncé erroné des obligations constitutionnelles du Québec 5
   c) Comparaisons avec la Loi sur les mines de l'Ontario et la Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier du Québec 5
   d) Le problème du système de libre accès et l'obligation de consulter 7
5. Effets concrets de la nouvelle Loi sur les mines sur la consultation et l'accommodement 8
   a) Évaluation environnementale 8
   b) L'aménagement limité du territoire 9
6. L'enjeu particulier de l'exploration 11
   a) Projet de loi n°43 11
   b) Comparaison avec l'Ontario 12
   c) Les préoccupations des Premières Nations 12
7. Délégation de pouvoirs aux municipalités 14
   a) Avis et suivi 14
   b) La planification de l'aménagement du territoire 14
   c) Les pouvoirs délégués aux municipalités sont incompatibles avec les droits des Premières Nations 15
8. Ententes sur les répercussions et les avantages 16
   a) Contrats privés confidentiels 16
   b) Les nouvelles exigences du Projet de loi n°43 18
   c) La divulgation des ERA est contraire aux engagements et à la pratique du Québec 19
   d) Les raisons pratiques de la confidentialité 20
9. Conclusion 21
   a) Respecter le principe du développement durable 21
   b) La nécessité d'un changement au régime minier de libre entrée 21
   c) L'obligation de consulter et d'accommoder les Premières Nations 21
   d) L'enjeu particulier de l'exploration 22
   e) Les pouvoirs délégués aux municipalités sont incompatibles avec les droits des Premières Nations 22
   f) Les Premières Nations ne peuvent pas être forcées à négocier des ententes de répercussions et avantages en public 23

1. Introduction

La révision de la *Loi sur les mines* offre au Québec une occasion de refaire adopter ses règles concernant la gestion des ressources minières répondant aux enjeux du 21e siècle. Si le Projet de loi n°43 ne procède qu'au fignolage des règles actuellement en vigueur, il ne tiendra pas compte des droits des peuples autochtones et ne relèvera pas le défi que pose la reconnaissance au cours de la dernière décennie de ces droits par les tribunaux.

Dans sa forme actuelle, le Projet de loi n°43 promet un développement minier « en accord avec les principes du développement durable », sans toutefois reconnaître le rôle joué par les peuples autochtones au sein du développement durable en droit international.

Le Projet de loi n° 43 ne comprend pas les éléments positifs que l'Ontario a apporté à sa *Loi sur les mines* en 2009, afin de tenir compte des droits ancestraux et d'éviter le genre de confrontation sociale et les litiges survenus au cours des années précédentes. Le projet de loi n'aborde pas non plus les questions fondamentales concernant la compatibilité d'un système de libre entrée, tel celui en vigueur au Québec, avec l'obligation de consulter les peuples autochtones et ce, même si la Cour d'appel du Yukon s'est prononcée sur ces questions à la fin de l'année 2012.

La Nation Algonquine Anishinabeg est particulièrement préoccupée par :

- l'absence de toute obligation de consultation ou d'accommodement au stade crucial de l'exploration;
- la délégation aux municipalités du pouvoir de restreindre l'exploitation minière, sans toutefois reconnaître les droits des Premières Nations de contrôler le développement sur leur territoire;
- l'imposition unilatérale d'une obligation pour les promoteurs miniers de divulguer à la province leurs transactions commerciales confidentielles avec les Premières Nations, comme si celles-ci étaient des municipalités sans droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

La Nation Algonquine Anishinabeg est opposée au Projet de loi nº43 sous sa forme actuelle.

2. La Nation Algonquine Anishinabeg

Le Conseil Tribal de la Nation Algonquine Anishinabeg (CTNAA) représente les membres des Premières Nations suivantes : Abitibiwinni (Pikogan), Eagle Village (Kipawa), Kitcisakik (Grand Lac Victoria), Kitigan Zibi (Maniwaki), Lac Simon, Long Point (Winneway), et Wahgoshig (Abitibi).

Les priorités fondamentales du CTNAA sont : la protection et l'avancement des questions de droits ancestraux, et de fournir de l'assistance et des services aux communautés membres dans les domaines conseils et techniques.

Depuis des temps immémoriaux, le peuple Algonquin ou Aninshinabeg a occupé un territoire dont le cœur est le bassin versant de la rivière des Outaouais, y compris l'Abitibi et le

Témiscamingue. Il y a 400 ans, nous avons accueilli Champlain lors de son arrivée dans la vallée de l'Outaouais en 1613.

Les droits et le titre algonquins s'étendent aux terres sur les deux rives de la rivière des Outaouais, terres que les lois coloniales britanniques ont attribuées soit à la province de l'Ontario, soit à la province du Québec.

En 1996, la Cour suprême du Canada a reconnu les droits de chasse et de pêche du peuple algonquin dans la vallée de la rivière Gatineau : *R. c. Côté,*[1996] 3 R.C.S. 139. En 2003, la Cour d'appel du Québec a statué sur la nature des droits de chasse et de pêche du peuple algonquin dans la région du lac Kipawa : *R. c. Constant,* [2003] R.J.Q. 357, [2003] 2 C.N.L.R. 240; *R. c. Young,* [2003] R.J.Q. 395, [2003] 2 C.N.L.R. 317.

Dans le présent mémoire, nous entendons par territoire algonquin, les terres et le territoire sur lequel nous exerçons nos droits ancestraux et possédons un titre aborigène. Nous ne faisons pas référence aux petites parcelles de terres mises de côté comme réserves au sens de la *Loi sur les Indiens,* L.R.C. 1985, c. I-5. Par ailleurs, Kitcisakik et Long Point, deux Premières Nations membres du CTNAA, n'occupent même pas des réserves : elles occupent plutôt des « établissements indiens » sur des terres de la Couronne provinciale et attendent déjà depuis des décennies que le gouvernement fédéral leur mette des terres de côté à titre de réserves.

3. Le maintien du régime minier de libre entrée

Les notes explicatives du Projet de loi n°43 admettent ouvertement qu'il « reprend plusieurs dispositions de la loi actuelle afin de maintenir le régime minier québécois et ses principes généraux, et plus particulièrement, les droits et obligations des titulaires de droits miniers ». Par conséquent : « il réaffirme les principales dispositions de la loi actuelle relativement à la propriété des substances minières, …à la prospection, …aux mesures de protection, de réaménagement et de restauration, …ainsi qu'aux pouvoirs du ministre des Ressources naturelles ».

Le système de droit minier actuellement en vigueur au Québec est toutefois, en réalité, un anachronisme. Il s'agit en fait de la continuation de l'exploitation minière dite libre (*free mining*), un régime de libre entrée inventé dans les années 1840 pour régler les différends entre prospecteurs pendant la ruée vers l'or en Californie, alors que le gouvernement de l'État était faible : Sophie Thériault, « Repenser les fondements du régime minier québécois au regard de l'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder les peuples autochtones » (2010), 6 *Revue internationale de droit et de politique du développement durable de l'Université McGill* 217[1].

Un régime de libre entrée signifie que le titulaire d'un permis de prospection peut entrer librement sur la plupart des terres publiques et sur les terres privées où la Couronne revendique la propriété des minéraux. Le prospecteur a le droit de jalonner un claim minier en délimitant une zone, puis en l'enregistrant dans un certain délai (démarche qui s'effectue désormais par Internet sans qu'il nait à se déplacer). Une fois enregistré, le claim minier confère à son titulaire un droit

[1] http ://www.mcgill.ca/jsdlp/sites/mcgill.ca.jsdlp/files/6_2_5_theriault_0.pdf

exclusif d'exploration et, sous réserve de certaines conditions, un droit à un bail minier permettant l'extraction de minerais.

Les titulaires de droits miniers ont préséance sur tous les autres utilisateurs : non seulement le titulaire a le droit d'explorer la zone du claim minier dans son ensemble, mais un titulaire de bail minier détient également les droits de surface nécessaires pour mener des activités minières. Si les droits des autres utilisateurs des terres publiques ou privées incluses dans le bail entrent en conflit avec l'exploitation minière, le titulaire du bail minier a le droit de les exproprier.

Le Commissaire à l'environnement de l'Ontario a souligné que le régime minier de libre entrée fait de l'exploitation minière la norme et traite tout le reste comme étant secondaire :

> […] La structure réglementaire actuelle traite les terres publiques comme un vaste territoire qui s'offre sans réserve au développement et à l'exploitation des minéraux. La prise en considération d'autres intérêts, notamment la protection des valeurs écologiques, se fait d'une manière réactive, et on ne répond pas préalablement à la question de savoir si l'exploitation minière risque d'être inopportune.
>
> *Concilier nos priorités : Rapport annuel 2006-2007*[2]

Le Projet de loi n°43 propose le maintien de ce régime réactif.

4. L'exploitation minière et les droits ancestraux

a) L'objectif du Projet de loi n°43

Selon le Projet de loi n° 43, dans la nouvelle *Loi sur les mines*, le Québec viserait à « favoriser, dans une perspective de développement durable, la prospection, la recherche, l'exploration et l'exploitation des substances minérales » : art. 16. Il s'agit d'une amélioration par rapport à la loi actuelle qui stipule, à l'article 17, que la loi vise simplement à « favoriser la prospection, la recherche, l'exploration et l'exploitation des substances minérales (…), et ce, en tenant compte des autres possibilités d'utilisation du territoire ».

Cependant, « le principe du développement durable » tel que définit en droit international inclut un rôle beaucoup plus important pour les peuples autochtones que celui jusqu'ici mis de l'avant par la législation minière du Québec. Le développement durable est défini dans la *Déclaration de Rio sur l'Environnement et le Développement,* UN A/CONF. 151/26 (Vol. I.). Le principe 22 stipule que : « Les populations et communautés autochtones et les autres collectivités locales ont un rôle vital à jouer dans la gestion de l'environnement et le développement du fait de leurs connaissances du milieu et de leurs pratiques traditionnelles »[3].

Le gouvernement du Québec a participé à la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement et le Développement (Sommet de la Terre) en 1992 à Rio de Janeiro, au Brésil, et a déclaré qu'il avait choisi de reconnaître les principes énoncés dans la Déclaration de Rio, ainsi que les

[2] http://www.eco.on.ca/uploads/Reports%20-%20Annual/2006_07/2007fr.pdf
[3] http ://www.un.org/french/events/rio92/aconf15126vol1f.htm.

objectifs d'Action 21 : Ministère du Développement Durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs (MDDEFP), « Le Québec sur la voie du développement durable »[4].

Action 21 (ou Agenda 21) est le programme ou plan d'action adopté lors du Sommet de la Terre qui a fixé des objectifs détaillés pour reconnaître et renforcer le rôle des peuples autochtones et leurs communautés afin de parvenir à un développement durable :

> 26.3 En étroite coopération avec les populations autochtones et leurs communautés, les gouvernements et, s'il y a lieu, les organisations intergouvernementales devraient s'efforcer d'atteindre les objectifs suivants :
> a. Établir un processus susceptible de donner aux populations autochtones et à leurs communautés des moyens d'action comprenant :
>
> i) L'adoption ou le renforcement des politiques et/ou instruments juridiques appropriés au niveau national;
>
> ii) La reconnaissance du fait que les terres des populations autochtones et de leurs communautés doivent être protégées contre des activités qui ne sont pas écologiquement rationnelles ou que les peuples autochtones concernés considèrent comme socialement ou culturellement inappropriées;
>
> iii) La reconnaissance de leurs valeurs, connaissances traditionnelles et pratiques de gestion des ressources en vue de promouvoir un développement écologiquement rationnel et durable;
>
> iv) La reconnaissance du fait que la dépendance traditionnelle et directe à l'égard des ressources renouvelables et des écosystèmes, y compris les récoltes durables, continue d'être essentielle pour le bien-être culturel, économique et physique des populations autochtones et de leurs communautés;
>
> (…)
>
> b. Établir s'il y a lieu des arrangements pour renforcer la participation active des populations autochtones et de leurs communautés à la formulation, au niveau national, de politiques, lois et programmes ayant trait à la gestion des ressources et à d'autres processus de développement qui peuvent les affecter, et leur donner les moyens de prendre l'initiative de telles propositions;
> (…)
>
> 26.8 En collaboration avec les populations autochtones concernées, les gouvernements devraient incorporer les droits et les responsabilités de ces populations et de leurs communautés dans la législation de chacun des pays, selon ses circonstances particulières. A cet égard, une assistance technique sera peut-être nécessaire aux pays en développement.
>
> *Action 21 : Un engagement pour le développement durable*, A/CONF.151/26/Rev.1 (1992)[5]

En outre, depuis 2007, la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, A/RES/61/295, a rendu le rôle des peuples autochtones en matière de développement sur leurs terres encore plus clair : « Les peuples autochtones ont le droit de définir et d'établir des priorités et des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres ou territoires et autres ressources » : article 32. La Déclaration des Nations Unies indique également que les États ont l'obligation de consulter les peuples autochtones concernés afin d'obtenir leur « consentement

[4] http ://www.mddefp.gouv.qc.ca/developpement/voie.htm
[5] http ://www.un.org/french/ga/special/sids/agenda21/action26.htm

préalable, donné librement et en connaissance de cause » « avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de [les] concerner » : article 19[6].

Il est temps que le Québec mette le principe du développement durable en action afin de reconnaître et renforcer le rôle des Premières Nations dans la gestion des ressources minérales, y compris par l'entremise de lois telles que la *Loi sur les mines.*

b) L'énoncé erroné des obligations constitutionnelles du Québec

Suite à l'adoption du Projet de loi n°43, la *Loi sur les mines* stipulerait :

> 3. La présente loi doit s'interpréter de manière compatible avec l'obligation de consulter les communautés autochtones. Le ministre consultera les communautés autochtones de manière distincte, eu égard aux circonstances.

Au mieux, cette disposition reconnaît que le gouvernement du Québec est lié par les arrêts de la Cour suprême du Canada. Le Projet de loi n°43 parvient néanmoins par ces deux phrases courtes à déformer les obligations constitutionnelles du Québec, telles que reconnues par les tribunaux.

Premièrement, la province n'a pas uniquement « l'obligation de consulter » – elle a aussi l'obligation d'accommoder. Selon la Cour suprême, l'obligation d'accommodement vise à « éviter un préjudice irréparable ou… réduire au minimum les conséquences de l'atteinte » aux revendications à l'égard des terres ou ressources d'un peuple autochtone lorsque ces revendications sont affectées par les décisions du gouvernement. Si l'atteinte est suffisamment grave, l'obligation d'accommodement peut exiger le consentement du peuple autochtone : *Haida Nation c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 47, 24.

Deuxièmement, l'obligation de la province n'est pas envers les « communautés autochtones », terme inventé par les légistes du Québec et qui laisse entendre que les Premières Nations ne sont que des « communautés locales » (art. 104) situées près d'une mine, au même titre que les villes et les villages. La province a l'obligation de consulter et d'accommoder les Premières Nations en tant que peuples autochtones parce que leurs droits sont reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Personne ne peut sérieusement nier que les Algonquins ont occupé le bassin versant de la rivière des Outaouais depuis avant l'arrivée des Européens, ce qui signifie que la Couronne a des obligations envers les Algonquins qui ne s'appliquent pas à d'autres. L'utilisation dans le Projet de loi n° 43 de la même terminologie pour décrire les Premières Nations et les municipalités est à la fois inexacte et inappropriée.

c) Comparaisons avec la *Loi sur les mines* de l'Ontario et la *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier* du Québec

Ce mémoire ne se veut pas une approbation de la législation minière de l'Ontario. Il est toutefois frappant de comparer les dispositions portant sur les droits ancestraux prévues dans le Projet de

[6] http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_fr.pdf

loi n°43 avec celles figurant dans la nouvelle *Loi sur les mines* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. M.14.

Avant 2009, l'Ontario a vécu des blocus et l'émission d'injonctions par les tribunaux, portant sur des projets miniers touchant des Premières Nations, tant dans le sud de la province que dans son grand Nord : *Frontenac Ventures Corp v. Ardoch Algonquin First Nation*, 2008 ONCA 534; *Platinex Inc v. Kitchenuhmaykoosib Inninuwug First Nation*, 2008 ONCA 620.

Depuis 2009, sa loi minière stipule que :

> *Objet*
>
> 2. La présente loi a pour objet d'encourager la prospection, le jalonnement et l'exploration aux fins d'exploitation des ressources minérales, d'une façon compatible avec les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, y compris l'obligation de mener des consultations, et de réduire les effets de ces activités sur la santé et la sécurité publiques et sur l'environnement.
>
> *Disposition : droits ancestraux ou issus de traités*
>
> 86.1 Tout bail délivré sous le régime de la présente loi, y compris les baux délivrés ou reconduits avant l'édiction du présent article, comprend la disposition suivante ou est réputé la comprendre :
>
> > Les droits du preneur à bail prévus aux termes du présent bail sont assujettis à la protection des droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones prévue à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et le preneur à bail se comporte sur les lieux cédés à bail d'une façon compatible avec la protection accordée à ces droits.

En plus de ces dispositions générales, la *Loi sur les mines* de 2009 de l'Ontario et les règlements adoptés depuis ont mis en place de nouvelles règles spécifiques visant à prendre en compte les droits ancestraux et issus de traités. Il s'agit notamment de :

- la possibilité pour les sites d'importance culturelle autochtone d'être retirés de l'exploitation, de sorte qu'aucun claim minier ne peut y être jalonné;
- l'exigence imposée aux développeurs ou à la province d'aviser les groupes autochtones susceptibles d'être touchés par des activités d'exploration et de les consulter à l'avance;
- la possibilité pour les Premières Nations d'élaborer, avec le ministre des Ressources naturelles, des plans communautaires d'utilisation des terres pour certaines zones où l'exploration et le développement miniers seraient interdits;
- l'exigence de soumettre, après consultation des peuples autochtones, un plan de fermeture certifié pour les mines.

Le Projet de loi n° 43 ne contient rien de comparable aux nouvelles règles adoptées en Ontario.

La *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier,* L.R.Q., c. A-18.1, entrée en vigueur en avril 2013, applique également une approche très différente de celle mise de l'avant par le Projet de loi n°43 en ce qui concerne l'exploitation minière. Cette nouvelle loi :

- vise à établir « un modèle de gestion forestière… qui tienne compte… des intérêts, des valeurs et des besoins des communautés autochtones » : préambule;
- institue un régime forestier visant à « partager les responsabilités découlant du régime forestier entre l'État, des organismes régionaux, des communautés autochtones et des utilisateurs du territoire forestier » : art. 1(3); et
- soutient que « la prise en compte des intérêts, des valeurs et des besoins des communautés autochtones présentes sur les territoires forestiers fait partie intégrante de l'aménagement durable des forêts » : art. 6.

La raison pour laquelle ces mêmes objectifs ne devraient pas être appliqués à l'exploitation minière n'est pas claire.

d) Le problème du système de libre accès et l'obligation de consulter

Depuis plus de 15 ans, les universitaires soutiennent qu'un système de libre accès est incompatible avec les droits ancestraux et le titre aborigène car les prospecteurs obtiennent le droit de jalonner un claim minier sans consultation : N. Bankes et C. Sharvit, *Aboriginal title and free entry mining regimes in Northern Canada* (Calgary, Canadian Arctic Resources Committee, 1998).

L'année dernière, la Cour d'appel du Yukon en est arrivée à la même conclusion. Elle a rappelé que « l'honneur de la Couronne exige de prendre en compte les revendications des peuples autochtones avant de se départir du contrôle de la terre ». La Cour a donc conclu que, lorsque le gouvernement territorial transfère des droits miniers aux détenteurs de claims, « la Couronne adopte un comportement qui est incompatible avec la reconnaissance du titre aborigène »[7] : *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, 2012 YKCA 14, par. 38, 32.

Face à l'argument du gouvernement du Yukon voulant qu'il n'avait pas d'autre choix en vertu de la loi que de reconnaître les claims miniers, la Cour a répondu (par. 56) que : « Loin d'être une réponse aux allégations du demandeur en l'espèce, le défaut par la Couronne d'exercer une quelconque discrétion lors de l'enregistrement de claims miniers en vertu du régime de la *Loi sur les mines de quartz* peut être considéré comme la source du problème »[8].

Le jugement de la Cour d'appel du Yukon signifie qu'au cours de l'année à venir, le territoire devra « apporter des changements à sa loi et ses règlements afin d'assurer une consultation appropriée »[9] : *Ross River Dena Council*, par. 57. (Le gouvernement du Yukon n'a pas obtenu la permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada : dossier nº 35236).

---

[7] [Notre traduction], en anglais : "the Crown engages in conduct that is inconsistent with the recognition of Aboriginal title".

[8] [Notre traduction], en anglais : "Far from being an answer to the plaintiff's claim in this case, the failure of the Crown to provide any discretion in the recording of mineral claims under the *Quartz Mining Act* regime can be said to be the source of the problem".

[9] [Notre traduction], en anglais : "to make statutory and regulatory changes in order to provide for appropriate consultation".

Au Québec, le Projet de loi nº43 ne changerait rien au système de libre accès actuel. Il ne permettrait donc pas de garantir que l'obligation de consultation et d'accommodement de la province soit remplie conformément à la Constitution et ce, même si l'affaire *Ross River Dena Council* indique que la province ne peut plus éviter la question.

5. Effets concrets de la nouvelle Loi sur les mines sur la consultation et l'accommodement

a) Évaluation environnementale

Actuellement, seuls les projets de mines d'uranium, les mines de métaux d'une capacité de 7 000 tonnes ou plus par jour, et les autres mines dont la capacité est de 500 tonnes ou plus par jour sont soumis à une évaluation d'impact environnemental en vertu de la *Loi sur la qualité de l'environnement,* L.R.Q., c. Q-2 (*LQE*).

Le résultat, à titre d'exemple, est que le projet Kipawa qui implique le développement d'un gisement important sur terres rares lourdes sur le territoire d'Eagle Village First Nation - Kipawa, ne sera pas référé au Bureau d'audiences publiques sur l'environnement (BAPE) parce que sa production quotidienne prévue n'est que de 4 000 tonnes : « Matamec mandate Golder pour mener l'étude d'impact environnemental et social pour le gîte de terres rares lourdes de Kipawa », 12 septembre 2012 [10].

Le projet de loi nº 43 modifierait le *Règlement sur l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement,* R.R.Q., c. Q-2, r. 23, sous-par. 2 p), afin d'assujettir « l'aménagement et l'exploitation d'une mine » à une procédure d'évaluation et d'examen des impacts environnementaux (à l'exception des substances minérales de surface, telles le sable, le gravier ou la tourbe : art. 283. Les mines devraient également obtenir un certificat d'autorisation du gouvernement en vertu de l'art. 31.5 de la *LQE* et aucun bail minier ne serait conclu avant la délivrance de ce certificat : par. 102(2).

Il s'agit d'un grand pas en avant, mais de nombreux québécois seraient probablement surpris d'apprendre que cette modification ne fait que rapprocher le sud du Québec des normes existant dans le Nord depuis 1975.

Depuis la signature de la *Convention de la Baie James et du nord québécois* (CBJNQ) par la province avec les Cris et les Inuit, « tous les projets miniers » sur le territoire ont été soumis à une évaluation d'impacts environnementaux et sociaux : art. 22.51, 23.3.12. Les chapitre 22 et 23 de la CBJNQ ont créé le premier processus cohérent d'évaluation d'impacts environnementaux au Canada et ce, avant la création du Bureau d'audiences publiques sur l'environnement (BAPE) en 1978.

Cependant, la CBJNQ créa des comités d'examen d'impacts avec la participation des Cris et des Inuit : CBJNQ, art. 22.6.1, 23.3.1. En ce qui concerne l'examen d'impacts pour des projets dans

[10] http://www.matamec.com/vns-site/pressdetail-2013_09_03_matamec_announces_results_of_positive_feasibility_study_for_kipawa_jv_heavy_rare_earth_project-fr.html.

le sud ou dans l'est du Québec, les Premières nations n'ont pas le droit de nommer des membres votants au BAPE. Si un projet d'exploitation minière n'était pas référé au BAPE, le ministre de l'Environnement déciderait seul si l'évaluation d'impacts environnementaux pourrait être jugée satisfaisante : *LQE,* art. 31.4, 31.5.

La *LQE* n'exige pas que dans son étude d'impact environnemental, le promoteur décrive les effets du projet sur les droits ancestraux et le titre aborigène : *Règlement sur l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement,* art. 3. En pratique cependant, les directives du gouvernement exigent une description des effets du projet sur l'utilisation Autochtone du territoire, particulièrement en ce qui concerne la chasse, la pêche et le piégeage : MDDEFP, « Directive pour la réalisation d'une étude d'impact sur l'environnement d'un projet minier », janvier 2012, Liste 4;[11] « Directive 019 sur l'industrie minière », mars 2012, par. 3.3.4.3 [12].

Comme l'a déjà expliqué la Cour fédérale du Canada, les « mesures… exigées par les règles régissant les évaluations environnementales… peuvent être conçues pour minimiser les incidences environnementales, mais on ne peut dire qu'il s'agit de mesures prises pour réduire les répercussions » d'un projet sur les droits constitutionnels des peuples autochtones : *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Ministre du patrimoine canadien)*, 2001 CFPI 1426, par. 173, conf. [2005] 3 R.C.S. 38.

Assujettir les mines au régime provincial d'évaluation d'impact environnemental ne garantirait pas une consultation ni un accommodement adéquat des Premières Nations. Le gouvernement semble avoir reconnu ce problème dans le Projet de loi n°43 en prévoyant que « [l]e ministre consultera les communautés autochtones de manière distincte, eu égard aux circonstances » : art. 3.

b) L'aménagement limité du territoire

La protection des droits ancestraux et du titre aborigène par la Constitution signifient que les Premières Nations ont le droit de participer à la planification globale de l'aménagement du territoire, processus au cours duquel elles peuvent indiquer des zones où l'exploitation minière doit clairement être exclue et des zones où elle ne pourrait avoir lieu qu'à la condition que leurs droits et titre soient respectés. Entre autres, le gouvernement doit impliquer les Premières Nations dans le processus d'octroi des permis et d'évaluation, avant que les claims miniers soient jalonnés et avant que l'exploitation ne débute.

Comme l'a affirmé le Commissaire à l'environnement de l'Ontario, le « système d'entrée libre d'acquisition de droits miniers, a pour effet d'entraver l'aménagement du territoire. Les valeurs écologiques doivent non seulement être identifiées, mais elles doivent également servir de fondation pour l'élaboration d'un régime exhaustif d'aménagement du territoire doté d'une autorité juridique » : *Concilier les priorités : Rapport annuel 2006-2007.*

Le Projet de loi n°43 permettrait au ministre de soustraire à la prospection, à l'exploration et à l'exploitation minière des « substances minérales » qu'il juge d'intérêt public, y compris pour

[11] http ://www.mddep.gouv.qc.ca/evaluations/documents/Mines.pdf
[12] http ://www.mddep.gouv.qc.ca/milieu_ind/directive019/directive019.pdf

des raisons de « conversation de la flore et de la faune » : art. 250. Il s'agit d'une amélioration par rapport à la loi actuelle qui permet de soustraire au jalonnement des aires protégées telles que les parcs, mais ne permet au ministre que de « délimiter des territoires à des fins non exclusives… de conservation de la flore, de la faune » : par. 304(1) et (1.1).

Parmi les modifications à la *Loi sur les mines* proposées en 2011 dans le projet de loi nº 14 figurait un pouvoir permettant au gouvernement de réserver ou soustraire au jalonnement « tout terrain contenant des substances minérales… afin d'éviter des conflits avec d'autres utilisations du territoire, en tenant compte notamment de la planification régionale des usages du territoire » : clause 90.

L'exploitation minière entre fréquemment en conflit avec l'utilisation que les Premières nations font du territoire dans l'exercice de leurs droits ancestraux et leur titre aborigène. Une disposition habilitant le ministre à adresser des tels conflits aurait été utile.

Pourtant, ce pouvoir a disparu du projet de loi n° 43 pour être remplacé par un pouvoir plus limité, ne permettant au ministre que d' « assortir le bail minier de conditions visant à éviter les conflits avec d'autres utilisations du territoire » : art. 102(3). Bien que les conditions inscrites au bail puissent prendre en considération les conflits avec l'utilisation autochtone du territoire, elles prennent pour acquis le développement futur et ne peuvent être imposées qu'une fois les travaux d'exploration déjà complétés.

Tel que discuté plus en détail ci-dessous, dans le projet de loi n° 43, l'intégration de l'exploitation minière dans la planification de l'aménagement du territoire serait déléguée aux municipalités régionales de comté (MRC) qui pourraient désigner certaines terres comme « un territoire incompatible avec l'activité minière » ou « un territoire compatible à certaines conditions avec l'activité minière » : art. 251, 252. Les décisions des MRC pourraient être annulées par le ministre des Affaires municipales, sur la base d'un avis du ministre des Ressources naturelles et des orientations de la politique gouvernementale : art. 279 à 281. La prise de décision sur cette question par les Premières nations n'est pas prévue.

L'approche du projet de loi n° 43 est très différente des dispositions de la nouvelle loi de l'Ontario. La *Loi sur les mines* de 2009 interdit le jalonnement de claims miniers sur les terres situées dans le Grand Nord de l'Ontario (environ au-delà du 51^{e} parallèle) s'il n'y a pas de plan communautaire d'aménagement du territoire pour la zone ou « si un plan communautaire d'aménagement du territoire l'a désigné à une fin non compatible avec l'exploration et la mise en valeur minières » : par. 30 g).

La raison est que la *Loi sur le Grand Nord 2010*, L.O., 2010, c. 18, exige que le ministre des Ressources naturelles travaille avec les Premières nations qui ont manifesté un intérêt dans le lancement d'un processus de planification de l'aménagement du territoire, élabore un cadre de référence, crée une équipe mixte de planification, et développe un tel plan qui sera soumis à leur approbation conjointe : art. 4, 9.

Sans prévoir un rôle pour les Premières nations, les dispositions limitées du projet de loi n° 43 relatives à la planification de l'aménagement du territoire ne peuvent garantir un accommodement adéquat des droits ancestraux et du titre aborigène.

6. L'enjeu particulier de l'exploration

a) Projet de loi n°43

En vertu du Projet de loi n° 43, une fois enregistré, le titulaire d'un claim aurait automatiquement « le droit exclusif de rechercher des substances minérales sur le terrain qui en fait l'objet » : art. 73. De plus, le titulaire d'un claim aurait un « droit d'accès au terrain qui en fait l'objet et peut y faire tout travail d'exploration » : s. 74(1).

À chaque date anniversaire de l'inscription du claim, le titulaire devrait transmettre au ministère des Ressources naturelles un rapport de planification des travaux à réaliser au cours de l'année à venir : art. 81. Lorsque le claim se trouve sur le territoire d'une municipalité locale, le titulaire de claim devrait l'informer des travaux qui seront exécutés dans un délai de 90 jours avant le début de ces travaux : art. 74(4). Le Projet de loi n°43 n'exigerait pas que de tels rapports ou avis soient donnés aux Premières Nations.

Tel qu'indiqué préalablement, en vertu du Projet de loi n°43, « l'aménagement et l'exploitation d'une mine » serait également assujettis à l'évaluation d'impact environnemental selon la *LQE.* Cependant, il n'est pas clair si l'exploration serait assujettie à l'évaluation d'impact environnemental.

Le terme « exploration » n'est pas défini : art. 283. En pratique, l'exploration fait partie du développement d'une mine. En outre, la *Loi sur la taxe minière* appuie cette interprétation, car elle inclut l'exploration dans sa définition d'« exploitation minière » : L.R.Q., c. I-0.4, art 1.

Le terme « exploration » n'est pas non plus défini dans le Projet de loi n°43, tandis que la définition de mine inclut « toute ouverture ou excavation faite dans le but de rechercher ou d'exploiter des substances minérales » : art. 167. Le ministère des Ressources naturelles pourrait donc être porté à limiter l'évaluation d'impacts environnementaux aux mines dont les travaux d'exploration créeraient une « ouverture ou excavation ».

Toutes les formes d'exploration devraient cependant être soumises à une évaluation, car elles peuvent avoir des effets importants sur l'environnement, qu'il y ait excavation ou non. Par exemple, l'utilisation de machinerie lourde arrache la végétation de surface, crée des ornières et creuse des tranchées, alors que la construction de routes d'accès au site mène au déboisement et à l'établissement de campements abritant plusieurs dizaines de travailleurs, et que la présence d'hélicoptères et d'avions de brousse perturbent la faune. Lorsque plusieurs projets d'exploration ont lieu dans un même secteur géographique, les impacts cumulatifs doivent également être pris en compte : Écojustice, *Pour que le Québec ait meilleure mine : Réforme en profondeur de la Loi sur les mines du Québec* (2009), pp. 16-17.

Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, a fait remarquer que, dans de nombreux cas, les États adoptent la position que les consultations des

peuples autochtones ne sont pas nécessaires pour la phase d'exploration minière et qu'il n'est pas nécessaire d'obtenir un consentement, jusqu'à – dans le meilleur des cas - l'obtention d'un permis d'extraction des ressources. Cette position, de l'avis du Rapporteur spécial, « n'est tout simplement pas compatible avec le principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause ni avec le respect des droits des peuples autochtones, notamment le droit à la propriété et les droits culturels, compte tenu des incidences réelles et potentielles que les activités d'extraction, une fois qu'elles interviennent, ont sur ces droits » : *Rapport : Industries extractives et peuples autochtones* (2013), A/HRC/24/41, par. 68[13].

b) Comparaison avec l'Ontario

La *Loi sur les mines* de l'Ontario de 2009 comprend un système règlementaire gradué, destiné à tenir compte de l'impact des activités d'exploration sur les droits ancestraux et issus de traités : art. 78.2, 78.3, 140(10).

Les activités d'exploration à impacts faibles ou moyens nécessitent au minimum un avis aux Premières Nations incluant une période pour les commentaires écrits. Même pour ces activités, les développeurs miniers sont tenus d'« exerce[r] les activités d'une façon compatible avec la protection des droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones prévue à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* » : *Plans et permis d'exploration,* Règl. de l'Ont. 308/12, art. 2 b), 7, 14.

L'exploration avancée impliquant des activités à impact élevé – par exemple, l'excavation de matériaux de plus de 1,000 tonnes ou la découverture d'une surface de plus de 10 000 mètres carrés – nécessite le « respect d'un plan de consultation des Autochtones, le dépôt d'un rapport de consultation sous la forme approuvée détaillant comment, le cas échéant, les commentaires des communautés autochtones ont été pris en compte » et incluant la possibilité de recours à un mécanisme de résolution de conflits : *Mine Development and Closure Under Part VII of the Act*, O. Reg. 240/00, art. 3, 8.1, 8.2.

c) Les préoccupations des Premières Nations

Les Premières Nations se sont battues pour obtenir la consultation et l'accommodement dès la phase d'exploration précédant une opération minière et indépendamment des règles d'évaluation environnementale. Les droits ancestraux et le titre aborigène doivent être pris en compte aussitôt que possible dans le processus, sinon tant la Première Nation que le développeur en subiront les conséquences.

Par exemple, en janvier 2012, la Première nation Wahgishig, membre du CTNAA, a obtenu une injonction de la Cour supérieure de justice de l'Ontario pour faire cesser les travaux d'exploration de Solid Gold Corp. sur son territoire visé par le Traité nº 9, pendant la période précédant l'entrée en vigueur de la nouvelle *Loi sur les mines* de l'Ontario.

[13] http://sogip.files.wordpress.com/2013/09/a-hrc-24-41_fr.pdf

Le tribunal a jugé que les « effets néfastes sur les droits ancestraux et issus de traités et les restrictions à leur capacité d'exercer ces droits dans leurs lieux de prédilection constitu[ai]ent un préjudice irréparable »[14] : *Wahgoshig First Nation v. Her Majesty the Queen in Right of Ontario*, 2011 ONSC 7708, par. 51. L'exploration comprenait du déboisement et la construction de routes d'accès aux sites de forage sur des terres qu'une enquête du ministère des Ressources naturelles avait qualifiées d'« aire de patrimoine culturel potentiel »[15] et ce, sans qu'aucune consultation menée par la Couronne n'ait eu lieu : par. 12, 13. L'appel à la Cour divisionnaire a été rejeté : 2013 ONSC 632.

De même, en novembre 2011, le Conseil Dena de la Rivière Ross a obtenu un jugement de la Cour suprême du Yukon déclarant que le régime minier de libre entrée était incompatible avec leurs droits et titre revendiqués, puisqu'en vertu de la législation territoriale, une fois inscrit, le claim minier donnait automatiquement à son titulaire le droit d'entreprendre certains travaux d'exploration : *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, 2011 YKSC 84, conf. 2012 YKCA 14.

Le gouvernement du Yukon avait créé quatre catégories d'exploration, mais en vertu des lois territoriales sur l'évaluation environnementale, seule l'exploration de classe 2 ou supérieure déclenchait l'obligation de consulter les Autochtones : *Ross River Dena Council*, YKCA, par. 23, 24.

Dans cette même affaire, en 2012, la Cour d'appel du Yukon a jugé inconstitutionnelle l'inscription du claim sans aucune consultation, sauf un préavis : par. 44. La raison était le fait que les travaux d'exploration de classe 1 « peuvent tout de même avoir un impact significatif sur la terre. Ces activités comprennent – dans les limites prescrites – le défrichement des terres, la construction des lignes, couloirs et sentiers temporaires, l'utilisation d'explosifs, le retrait de roche souterraine, et d'autres activités spécifiées »[16] : par. 25. Le gouvernement territorial a demandé l'autorisation d'interjeter appel à la Cour suprême du Canada.

Cette décision confirme que lorsque « des activités d'exploration auront des effets néfastes sérieux ou durables sur des droits ancestraux revendiqués, la Couronne doit être en mesure d'entreprendre des consultations avec les Premières Nations avant d'autoriser le début des activités. La Première Nation concernée doit recevoir un préavis concernant les activités proposées et le cas échéant, la proposition d'une consultation avant que ces activités aient lieu. La Couronne doit s'assurer de préserver sa capacité d'empêcher ou de règlementer les activités lorsque cela s'avère approprié »[17] : par. 51.

---

[14] [Notre traduction], en anglais : "negative effects on Aboriginal and treaty rights and restrictions on the ability to exercise such rights in preferred places constitute[d] irreparable harm".

[15] [Notre traduction], en anglais : "area of cultural heritage potential".

[16] [Notre traduction], en anglais : "can still have a substantial impact on the land. Such activities include – within prescribed limits – the clearing of land, the construction of lines, corridors and temporary trails, the use of explosives, the removal of subsurface rock, and other specified activities".

[17] [Notre traduction], en anglais : "exploration activities will have serious or long-lasting adverse effects on claimed Aboriginal rights, the Crown must be in a position to engage in consultations with First Nations before the activities are allowed to take place. The affected First Nation must be provided with notice of the proposed activities and, where appropriate, an opportunity to consult prior to the activity taking place. The Crown must ensure that it maintains the ability to prevent or regulate activities where it is appropriate to do so".

7. Délégation de pouvoirs aux municipalités

a) Avis et suivi

Tel qu'indiqué ci-dessus, le Projet de loi n°43 assujettirait presque tous les projets miniers à l'évaluation des impacts environnementaux. Les municipalités locales ont déjà droit de recevoir un avis concernant tout projet soumis à l'évaluation d'impact environnemental sur leurs territoires : *Règlement sur l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement,* art. 10. Cependant, aucun avis aux Premières Nations n'est requis.

Le Projet de loi n° 43 exigerait également d'un titulaire de claim qu'il avise la municipalité dans les 60 jours suivant l'inscription de son claim et au moins 90 jours avant le début des travaux d'exploration qui seront exécutés sur le territoire municipal : art. 74(3), (4). Aucune disposition analogue n'est prévue pour les Premières Nations.

En vertu du Projet de loi n° 43, les titulaires d'un bail minier auraient l'obligation de créer un « comité de suivi et de maximisation des retombées économiques ». Le rôle du comité serait de suivre les travaux découlant du bail minier et de « maximiser les emplois, les contrats et les autres retombées économiques pour les communautés locales » : art. 104(1). Le comité devrait être composé d'au moins trois membres, incluant au moins « un représentant du milieu municipal » de la région où le bail minier est situé : art. 104(4). Aucun rôle n'est prévu pour les Premières Nations dans ces comités.

b) La planification de l'aménagement du territoire

En vertu du Projet de loi n°43, les MRC pourraient limiter les activités minières à l'intérieur de leurs limites en désignant un territoire comme étant soit « incompatible avec l'activité minière », soit « compatible à certaines conditions » : art. 251, 252, 278. De tels pouvoirs ne sont pas prévus pour les Premières Nations.

Ce changement aurait pour effet de déléguer aux MRC une version des pouvoirs dont jouit actuellement le ministre des Ressources naturelles et lui permettant de désigner les territoires où l'inscription d'un claim minier est interdite ou soumise à des conditions en vertu de la *Loi sur les mines* : art. 32, 52 et 304.

Les territoires désignés en vertu du Projet de loi n° 43 comme étant incompatibles avec l'activité minière seraient ceux dans lesquels « la viabilité des activités serait compromise par les impacts engendrés par l'activité minière » et où toute substance minérale serait donc, pour les claims futurs, soustraite à la prospection, l'exploration et autres activités : art. 251. Sur ces territoires, les claims existants qui arriveraient à échéance en raison de l'absence d'exploration ne pourraient faire l'objet d'aucune autre demande : art. 71(4).

Sur les territoires désignés comme étant compatibles avec l'activité minière sous réserve de certaines conditions, la tâche d'établir ces conditions sur les territoires désignés par la MRC reviendrait au ministre des Ressources naturelles : art. 252.

De plus, conformément aux directives du ministre des Ressources naturelles, le ministre des Affaires municipales aurait le pouvoir de modifier les limites d'un territoire désigné par une MRC comme étant incompatible avec l'activité minière ou compatible à certaines conditions : art. 279.

c) Les pouvoirs délégués aux municipalités sont incompatibles avec les droits des Premières Nations

Les droits des Premières Nations bénéficient d'une protection constitutionnelle, selon la Cour suprême du Canada, parce qu'« en bref, les Autochtones du Canada étaient déjà ici à l'arrivée des Européens; ils n'ont jamais été conquis ». Voilà pourquoi la Couronne est tenue de les consulter et accommoder avant de prendre des décisions susceptibles d'affecter leurs droits : *Nation Haïda,* par. 25.

Les municipalités, d'autre part, n'ont pas de statut constitutionnel distinct. Tel qu'expliqué par la Cour d'appel du Québec lorsqu'elle a confirmé les fusions municipales forcées en 2000, les municipalités ne sont que de « simples émanations du pouvoir provincial » : *Ville de Westmount c. Procureur Général du Québec*, [2001] R.J.Q. 2520 (C.A.), par. 53.

En déléguant d'importants pouvoirs aux municipalités, leur permettant notamment de décider où et comment l'exploitation minière aura lieu sur les terres traditionnelles des Premières Nations, la province contredit directement l'approche de « nation à nation » en matière d'affaires autochtones qui a été promise par la Première ministre du Québec plus tôt cette année : « Suivi du Sommet sur les territoires et les ressources : La première ministre présente le bilan des actions gouvernementales en matière d'affaires autochtones », 18 juin 2013[18].

En premier lieu, cette délégation est insultante pour les Premières Nations puisque des gouvernements locaux sans statut constitutionnel auraient le pouvoir d'affecter l'exercice des droits et du titre des Autochtones protégés par la Constitution. Par exemple, une Première Nation pourrait être obligée à demander à une MRC de protéger ses lieux sacrés contre l'exploitation minière.

De plus, la délégation aux municipalités de ce genre de prise de décision est difficilement conciliable avec le droit des Premières Nations à la consultation et à l'accommodement. L'année dernière, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé qu'une la municipalité n'avait aucunement l'obligation de consulter une Première Nation avant d'autoriser le développement commercial de terres jouxtant sa réserve et situées dans la plaine inondable d'une importante rivière de pêche : *Neskonlith Indian Band v. City of Salmon Arm*, 2012 BCCA 379.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique était d'avis que les municipalités n'ont généralement pas l'autorité légale requise pour consulter les Premières Nations, manquent souvent de ressources pratiques nécessaires pour le faire, et ne possèdent pas les pouvoirs de prendre les mesures correctives nécessaires pour accommoder les intérêts des Premières Nations : par. 68, 70, 71.

---

[18] http ://www.premier-ministre.gouv.qc.ca/actualites/communiques/details.asp?idCommunique=1775

La Cour a conclu en expliquant qu'elle doutait sérieusement « qu'il soit dans l'intérêt des Premières Nations, de la Couronne ou de l'objectif ultime de la réconciliation »[19] que l'obligation de consulter soit « repoussée » vers le bas aux gouvernements locaux, avec la conséquence « que la consultation et l'accommodement soient débattus dans le contexte de décisions anodines concernant les licences, les permis, le zonage et les règlements municipaux »[20] : par. 72.

Il est difficile de comprendre pourquoi, dans le Projet de loi n° 43, le gouvernement du Québec propose de repousser vers le bas, aux MRC, le pouvoir de décider quand l'exploitation minière serait incompatible avec toute autre activité sur un territoire donné, incluant vraisemblablement l'exercice des droits ancestraux. Par ailleurs, les Premières Nations ayant droit à la consultation et à l'accommodement se retrouveraient coincées d'une part, entre les MRC détenant le pouvoir théorique de protéger leurs activités contre l'exploitation minière, mais sans l'obligation de les consulter et d'autre part, les ministres provinciaux ayant une obligation de consulter, mais détenant seulement un pouvoir limité d'annuler les décisions des MRC.

8. Ententes sur les répercussions et les avantages

a) Contrats privés confidentiels

En 1994, le ministre des Ressources naturelles du Québec ainsi que des représentants de l'industrie, des syndicats, des groupes Autochtones et environnementaux, le gouvernement fédéral et les gouvernement des autres provinces ont signé l'*Accord du Conseil de direction de l'Initiative minière de Whitehorse.* Le ministre s'est engagé à faire progresser ses objectifs et à les mettre en vigueur, à savoir : « élaborer des ententes d'affaires provisoires et (ou) des ententes de participation entre l'industrie minière et les collectivités autochtones touchées »[21].

Une étude récente de l'Organisation nationale de la santé autochtone explique la nature des ententes de répercussions et d'avantages (ERA) :

> D'un point de vue juridique, les ERA sont des ententes contractuelles négociées en privé entre une entreprise mettant de l'avant une proposition d'exploration et d'extraction de minéraux (appelé le 'promoteur'), et une communauté autochtone, chacun représentant des attentes différentes, parfois convergentes. Les ERA peuvent être des ententes bipartites ou multipartites. Bien que régie par le droit des contrats, ces accords contiennent généralement des caractéristiques propres aux instruments contractuels et règlementaires, étant soit conclus de façon volontaire ou conditionnelle à l'octroi d'une licence ou de permis. Kerr (2000) et Campbell et al (2001) décrivent les ententes de renforcement des capacités et de participation ou les ententes d'accès comme étant des types d'ententes de répercussions et d'avantages. Le caractère privé des ententes de répercussions et d'avantages les assujetties à des clauses de confidentialité.

[19] [Notre traduction], en anglais : "that it would be in the interests of First Nations, the Crown or the ultimate goal of reconciliation".
[20] [Notre traduction], en anglais : "that consultation and accommodation would be thrashed out in the context of the mundane decisions regarding licenses, permits, zoning restrictions and local bylaws".
[21] http://www.nrcan.gc.ca/sites/www.nrcan.gc.ca.minerals-metals/files/pdf/mms-smm/poli-poli/pdf/accord-fra.pdf

> Les ERA peuvent porter exclusivement sur les avantages économiques ou, plus globalement, contenir des clauses socio-économiques et environnementales telles que le renforcement des capacités communautaires, le respect des traditions et l'allégement du fardeau écologique découlant de l'exploitation minière. Selon la région et le règlement des revendications territoriales, les différents accords prévoient l'obligation pour les promoteurs de s'adresser aux personnes potentiellement affectées par le projet. Même en l'absence d'un cadre législatif pour guider le processus dans le Nord, les ERA sont aujourd'hui largement acceptées comme une pratique courante pour les nouvelles mines. Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC) peut exiger qu'une ERA soit négociée en raison d'un impact social/environnemental considérable appréhendé ou afin de satisfaire à ses obligations envers les peuples autochtones dont les revendications territoriales demeurent non résolues (voir Figure 3). La négociation des ERAs est désormais considérée comme étant dans les faits une exigence réglementaire, bien que non écrite, dans le Nord canadien.
>
> Cathleen Knotsch and Jacek Warda, *Impact Benefit Agreements : A Tool for Healthy Inuit Communities?* (National Aboriginal Health Organization, 2009), p. 12 (nous soulignons)[22]

La même étude indique que les ERA sont traditionnellement « définies comme un accord confidentiel négocié dans le cadre du développement des ressources entre une entreprise, le gouvernement provincial ou territorial concerné et les organisations Autochtones touchées »[23] : p. 7.

Les dirigeants des Premières Nations sont régulièrement appelés à rendre des comptes à leurs membres à propos des ERA et le contenu leur est régulièrement divulgué, que ce soit en résumé ou en détail. Toutefois, puisque les ERA sont également des ententes commerciales complexes conclues avec des entreprises privées, elles ne peuvent être négociées sur la place publique et les Premières Nations ne divulguent généralement pas leur contenu à des tiers.

---

[22] www.naho.ca/documents/it/2009_Impact%20and%20Benefit%20Agreements_Full%20Report.pdf [Notre traduction], en anglais : "From the legal perspective, IBAs are privately negotiated contractual arrangements between a company putting forward the proposal to explore and extract the minerals (called the 'proponent'), and an Indigenous community, each side representing different and occasionally converging expectations. IBAs can be two-party or multi-party agreements. Although governed by the common law of contract, these agreements typically contain characteristics of both contractual and regulatory instruments, being either voluntary in nature or a precondition for the granting of a government license or permit. Kerr (2000) and Campbell et al. (2001) describe capacity building and participation or access agreements as types of impact benefit agreements. The private nature of impact benefit agreements makes them subject to confidentiality provisions.
"IBAs can focus solely on economic benefits or, more broadly, contain socio-economic and environmental clauses such as community capacity building, respecting traditions, and alleviating the ecological burden of the mine development. Depending on the region and the land claim settlement, different agreements stipulate the requirement for proponents to talk to people potentially affected by the project. Even without a legislative framework to guide the process in the North, IBAs are now widely accepted as standard practice for new mines. Indian and Northern Affairs Canada (INAC) may demand that an IBA be negotiated because of perceived significant social/environmental impact or to satisfy its obligation towards Aboriginal people where land claims are outstanding (see Figure 3). The negotiation of IBAs is now considered to be a factual, albeit unwritten, regulatory requirement in Canada's North".

[23] [Notre traduction], en anglais : "defined as a confidential agreement negotiated in the context of resource development between a company, the relevant provincial or territorial government and affected Indigenous organizations".

b) Les nouvelles exigences du Projet de loi n°43

En vertu du Projet de loi n°43, tous les documents et renseignements obtenus des titulaires de droits miniers aux fins d'application de la *Loi sur les mines* seraient considérés publics : art. 163(1).

Le Projet de loi n°43 permettrait aussi au ministre de demander « tout document et tout renseignement relatifs au projet minier » : art. 102(5). Dans tous les cas, le locataire ou le concessionnaire serait obligé de transmettre au ministre « toute entente conclue avec une communauté » : art. 123(2).

De plus, « toute entente conclue entre un titulaire de bail minier ou de concession minière et une communauté » devraient être rendue publique : art. 163(3). La seule restriction aux droits d'accès serait pour les documents nécessaires à l'administration de la justice ou à l'application des lois : art. 163(4).

Les cabinets d'avocats travaillant pour les promoteurs miniers ont conclu que « ceci viserait à première vue les ententes de principe et les ententes sur les répercussions et avantages conclues entre les sociétés minières et les communautés autochtones » : Jean-Philippe Buteau *et al.*, « Résumé du projet de loi n° 43 visant à modifier la Loi sur les mines », Norton Rose, juin 2013[24].

Un autre cabinet représentant les compagnies minières interprète le paragraphe 163(3) comme étant applicable aux ententes avec les « communautés autochtones » et note que « cette obligation pourrait entrer en conflit avec la pratique actuelle », étant donné que les ERA « sont normalement traitées de façon confidentielles » : Jan-Martin LeBlanc et Pierre Langlois, « Nouveau projet de loi sur les mines : une analyse détaillée », Heenan Blaikie, août 2013[25].

Néanmoins, les intentions du gouvernement semblent un peu confuses, puisque le Projet de loi n°43 mentionne les « communautés autochtones » qui doivent être consultées (art. 3), réfère à des « retombées économiques pour les communautés locales » sans expliquer de qui il s'agit (art. 104(1)), tout en faisant une distinction entre « communautés urbaines » et « communautés autochtones » (art. 255).

La position des Premières Nations sera qu'elles ne constituent pas des « communautés » lorsqu'elles négocient des ERA – ni des communautés locales, ni des communautés autochtones – puisque qu'elles exercent leurs droit en tant que peuples autochtones tel que reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982,* et non pas par la *Loi sur les mines.* Elles n'accepteront pas la divulgation publique des ERA sans leur consentement.

Il est important de noter que si le Québec tente de forcer la divulgation des ERA sur la base du Projet de loi n°43, sa conduite ne serait pas sans précédent : il suivrait les pas de l'Alberta. En

[24] http://www.nortonrosefulbright.com/centre-du-savoir/publications/99564/resume-du-projet-de-loi-n-43-visant-a-modifier-la-loi-sur-les-mines

[25] http://www.heenanblaikie.com/fr/Publications/2013/Nouveau-projet-de-loi-sur-les-mines-une-analyse-d%C3%A9taill%C3%A9e.pdf

vertu de la *Aboriginal Consultation Levy Act,* qui a été adoptée mais n'est pas encore en vigueur, la province se réserve le droit d'exiger qu'un promoteur fournisse au gouvernement des « copies d'ententes concernant la capacité de consultation et autres avantages liés aux activités réglementées par la province »[26] : S.A. 2013, c. A-1.2, art 8(1). Cependant, même l'Alberta ne va pas aussi loin que le Québec, puisque les renseignements resteraient confidentiels en ce qui concerne le public et ne seraient divulgués que sous une forme agrégée : art. 8(2) et (3).

c) La divulgation des ERA est contraire aux engagements et à la pratique du Québec

En juin 2013, la Première ministre du Québec a promis une approche « nation à nation » en matière d'affaires autochtones, tel qu'indiqué ci-dessus. Cependant, aucune trace d'une telle approche n'apparaît dans le Projet de loi n°43, dont l'article 163(4) semble même exclure l'application des restrictions habituelles prévues dans les lois sur l'accès à l'information.

Normalement, les lois québécoises auraient exclu la divulgation d'informations qui « porterait vraisemblablement préjudice à la conduite des relations entre le gouvernement du Québec et un autre gouvernement » : *Loi sur l'accès aux documents des organismes publiques sur la protection des renseignements personnels,* L.R.Q., c. A-2.1, art. 19. Elles empêcheraient également la divulgation de renseignements financiers confidentiels fournis par un tiers ou ceux dont la divulgation « risquerait vraisemblablement d'entraver une négociation en vue de la conclusion d'un contrat » : *Loi sur l'accès,* art 23, 24.

Toutefois, le Projet de loi n°43 semble avoir choisi de n'appliquer aucunes des restrictions habituelles à la divulgation, outre les documents requis pour l'administration de la justice ou l'application des lois : art. 163(4); *Loi sur l'accès,* art 28.

Au Québec, le signataire d'ERA le plus prolifique et le plus important est Hydro-Québec, dont la politique est d'assurer l'acceptabilité sociale des projets hydroélectriques en signant des ententes avec les Premières Nations : *Hydro-Québec : Plan d'action de développement durable 2013-2014,* p. 4[27]. Pourtant, la politique de la plus grande et plus importante société d'État québécoise est de traiter ces ententes comme étant confidentielles et de refuser les demandes de divulgation faites en vertu des lois sur l'accès à l'information : *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, vol. 42, n° 57 (39e lég., 2e sess.), 2 novembre 2011.

De plus, le Projet de loi n°43 prévoit que le ministre des Ressources naturelles pourrait « exiger la conclusion d'une entente avec le titulaire ayant pour objet de maximiser les retombées économiques en territoire québécois de l'exploitation des ressources minérales autorisées en vertu du bail » : art. 103. Néanmoins, ces ententes devant être négociées par la province dans son propre intérêt, ne semblent pas être soumises aux mêmes règles de divulgation qu'elle désire appliquer à d'autres « communautés ».

---

[26] [Notre traduction], en anglais : "copies of agreements relating to consultation capacity and other benefits pertaining to provincial regulated activities".

[27] http ://www.hydroquebec.com/publications/fr/plan_action_dd/pdf/plan_action_dd.pdf

Lorsque les Premières Nations négocient des ententes, elles ont droit au même niveau de confidentialité que le gouvernement du Québec lui-même.

d) Les raisons pratiques de la confidentialité

Peu importe ce qui est écrit dans le Projet de loi n°43, les Premières Nations ne consentiront pas à la divulgation des ententes qu'elles négocient, sauf à leurs propres conditions. Le Projet de loi n°43 est donc susceptible de placer les promoteurs miniers devant un choix désagréable entre la conclusion et le respect d'ententes avec les Premières Nations d'une part, et la violation de ces ententes afin de respecter les règles que le Québec désire imposer unilatéralement, d'autre part.

Il ne devrait pas être difficile de comprendre que « dans un dialogue constructif, un nombre considérable de choses doivent être dites en toute confidentialité. Cette confidentialité doit être respectée »[28] : Luke Danielson et Caroline Digby, *Architecture for Change : An Account of the Mining, Minerals and Sustainable Development Project History*, Global Public Policy Insitute, juillet 2006, p. 9[29].

Chacune des parties à une ERA peut avoir des intérêts qu'elle souhaite protéger par la confidentialité. Pour un promoteur minier, les renseignements confidentiels pourraient être des secrets commerciaux ou techniques, alors que pour les Premières Nations, il pourrait s'agir de connaissances traditionnelles telles que la localisation de sites culturels importants.

De plus, les Premières Nations ont de véritables raisons de craindre que les gouvernements utiliseront les ERA à leur détriment. Les gouvernements fédéral et provinciaux ont déjà utilisé l'existence de ERA pour justifier le fait de ne pas avoir conduit leur propre consultation et accommodement des Premières Nations. En fait, le gouvernement de l'Alberta a légiféré le droit d'exiger la divulgation des ERA afin de « planifier et faciliter les consultations requises de la Couronne à l'égard des activités réglementées par les provinces »[30] : *Aboriginal Consultation Levy Act*, art. 8(1) b).

Par ailleurs, puisque les Premières Nations font face à un sous-financement chronique même pour les services de base comme la santé et l'éducation sur réserve, elles craignent que les ERA soient utilisées par les gouvernements fédéral et provinciaux comme un prétexte pour réduire le financement. En fait, le gouvernement de l'Alberta a légiféré le droit d'exiger la divulgation des ERA « pour aider à mieux déterminer les montants des subventions à fournir aux Premières Nations » : *Aboriginal Consultation Levy Act*, art. 8(1) a).

Finalement, les Premières Nations craignent que la divulgation d'une ERA puisse créer la fausse impression qu'une industrie ou un projet en particulier leur est acceptable, alors que les motivations pour conclure une ERA sont beaucoup plus complexes. Une ERA est, en fait, souvent le moyen pour une Première Nation de tirer le meilleur parti d'une mauvaise situation –

---

[28] [Notre traduction], en anglais : "in a productive dialogue, a considerable number of things need to be said in confidence. That confidence has to be respected".
[29] http ://pubs.iied.org/G00975.html.
[30] [Notre traduction], en anglais : "to plan and facilitate any required Crown consultation in respect of regulated provincial activities".

telle la négociation de mesures d'atténuation pour protéger leurs activités traditionnelles –, même si la plupart des membres auraient préféré que le projet ne soit jamais construit.

9. Conclusion

La Nation Algonquine Anishinabeg est opposée au Projet de loi nº43 sous sa forme actuelle.

a) Respecter le principe du développement durable

Personne ne peut sérieusement nier que les Algonquins ont occupé le bassin versant de la rivière des Outaouais, y compris l'Abitibi et le Témiscamingue, depuis l'arrivée des Européens et ce fait signifie que la Couronne a des devoirs particuliers envers les Algonquins, qui ne s'appliquent pas à d'autres. Le Projet de loi n°43 ne prévoit pas les mesures nécessaires pour satisfaire à ces obligations.

Le Projet de loi n°43 manque de dispositions portant sur la reconnaissance du rôle joué par les peuples autochtones, ce qui est l'un des principes du développement durable que le gouvernement du Québec s'est engagé à respecter. Il n'appliquera pas à l'exploitation minière l'objectif inclus dans sa *Loi sur l'aménagement durable du territoire foncier* de tenir compte « des intérêts, des valeurs et des besoins des communautés autochtones ».

b) La nécessité d'un changement au régime minier de libre entrée

Le Projet de loi n°43 maintient le régime de libre entrée ou d'accès ouvert en vertu duquel le titulaire d'un permis de prospection peut entrer librement sur la plupart des terres publiques et jalonner un claim qui lui donne un droit exclusif d'exploration de ce territoire et d'obtenir ensuite un bail minier pour extraire des minéraux.

Le régime minier de libre entrée fait de l'exploitation minière la norme et traite tout le reste comme secondaire, mais le Projet de loi n°43 n'aborde pas la question de la compatibilité du régime de libre entrée avec l'obligation de consulter les peuples autochtones, question soulevée dans une cause sur laquelle la Cour d'appel du Yukon s'est prononcée à la fin de 2012.

c) L'obligation de consulter et d'accommoder les Premières Nations

La disposition du Projet de loi n°43 prévoyant que les mines soient assujetties à l'évaluation d'impact environnemental provinciale ne garantirait pas une consultation et un accommodement adéquats des Premières nations en ce qui concerne leurs droits ancestraux et leur titre aborigène.

Concrètement, le Projet de loi n°43 ne comprend pas les éléments positifs que l'Ontario a apporté à sa *Loi sur les mines* en 2009 dont notamment :

- l'objet déclaré « d'encourager la prospection, le jalonnement et l'exploration aux fins d'exploitation des ressources minérales, d'une façon compatible avec les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* »;

- la possibilité pour les sites d'importance culturelle autochtone d'être retirés, de sorte qu'aucun claim minier ne peut y être jalonné;
- l'exigence imposée aux développeurs ou à la province d'aviser les groupes autochtones susceptibles d'être touchés par des activités d'exploration et de les consulter à l'avance;
- la possibilité pour les Premières Nations d'élaborer, avec le ministre des Ressources naturelles, des plans communautaires d'utilisation des terres pour certaines zones où l'exploration et le développement miniers seraient interdits;
- l'exigence de soumettre, après consultation des peuples autochtones, un plan de fermeture certifié pour les mines.

d) L'enjeu particulier de l'exploration

L'exploration peut avoir des effets importants sur l'environnement, qu'il s'agisse ou non d'excavation. Pourtant, le Projet de loi n°43 prévoit qu'une fois un claim minier enregistré, le titulaire aurait automatiquement des droits exclusifs d'exploration, y compris le droit d'accéder à et de travailler sur les terres faisant l'objet du claim. La portée de l'évaluation d'impact environnemental qui aurait lieu avant l'exploration n'est pas claire.

Les Premières Nations se sont battues pour obtenir la consultation et l'accommodement dès la phase d'exploration précédant une opération minière et indépendamment des règles d'évaluation environnementale. C'est pour cette raison que l'année dernière, la Cour d'appel du Yukon a conclu que le régime de libre entrée ne respecte pas l'obligation de la Couronne de consultation et d'accommodement précisément parce qu'un claim accorde automatiquement au titulaire le droit de procéder à l'exploration.

Le Cour a décidé que si l'exploration risquait d'avoir des effets sérieux sur des droits ancestraux revendiqués, « la Couronne devra[it] être en mesure d'entreprendre des consultations avec les Premières Nations avant d'autoriser le début des activités ». Toutefois, le Projet de loi n°43 n'aborde pas cet enjeu.

e) Les pouvoirs délégués aux municipalités sont incompatibles avec les droits des Premières Nations

En vertu du Projet de loi n° 43, les MRC pourraient limiter les activités minières à l'intérieur de leurs limites en désignant un territoire comme étant soit « incompatible avec l'activité minière », soit « compatible à certaines conditions ». De tels pouvoirs ne sont pas prévus pour les Premières Nations.

Déléguer des pouvoirs importants aux municipalités quant à la détermination de comment et où l'exploitation minière aura lieu sur les territoires traditionnels des Premières Nations contredit directement l'approche « nation à nation » promise par la Première ministre du Québec. Par exemple, une Première Nation pourrait être obligée de demander à une MRC de protéger ses lieux sacrés de l'exploitation minière.

De plus, la délégation de ce genre de prise de décision aux municipalités est difficilement conciliable avec le droit des Premières Nations à la consultation et l'accommodement. L'année

dernière, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que les municipalités n'ont généralement pas l'autorité légale requise pour consulter les Premières Nations, manquent souvent des ressources pratiques pour le faire, et qu'elles ne possèdent pas les pouvoirs de prendre les mesures correctives nécessaires pour tenir compte des intérêts des Premières Nations.

f) Les Premières Nations ne peuvent pas être forcées à négocier des ententes de répercussions et avantages en public

Les ententes de répercussions et d'avantages (ERA) sont des contrats privés, entre un développeur de ressources et une Première Nation, dont l'emphase est typiquement mise sur les bénéfices économiques ou les mesures de protection sociale et environnementale dans le cadre d'une exploitation. Souvent, une ERA est une façon pour une Première Nation d'améliorer un projet – même si elle ne l'appuie pas nécessairement –, par exemple, en négociant des mesures d'atténuation pour protéger ses activités traditionnelles.

Les ERA sont devenues une pratique courante pour les nouvelles mines. En raison du partage de renseignements techniques, commerciaux ou culturels entre les développeurs et les Premières Nations, les ERA comprennent presque toujours des clauses de confidentialités.

Pourtant, dans le Projet de loi n°43, le Québec a maintenant décidé, sans consulter les Premières Nations, qu'un locataire de bail minier ou de concessions minières devrait être tenu de fournir au ministre « toute entente conclue avec une communauté » et que ces ententes devraient être rendues publiques.

Cette règle contredit l'approche de « nation à nation » promise par la Première ministre. Puisqu'elle est limitée à l'exploitation minière, cette règle ne s'appliquera pas à Hydro-Québec, qui signe régulièrement des ERA avec des Premières Nations, mais qui traite ces ententes comme confidentielles.

De plus, la règle de divulgation nuira à la tenue d'un dialogue constructif entre les développeurs miniers et les Premières Nations. Chacune des parties à une ERA peut avoir des intérêts qu'elle souhaite protéger par la confidentialité. Pour un développeur minier, l'information confidentielle pourrait être des secrets commerciaux ou techniques, alors que pour les Premières Nations, il pourrait s'agir de connaissances traditionnelles.

De plus, les Premières Nations ont des raisons sérieuses de craindre que les gouvernements n'utilisent les ERA à leur détriment. En effet, les gouvernements fédéral et provinciaux ont déjà invoqué l'existence d'ERA afin de justifier leur omission de conduire leurs propres consultations ou accommodement des Premières nations. Les Premières nations craignent également que les ERA ne servent de prétexte aux gouvernements fédéral et provincial pour réduire leur financement.

CAPERN – 055M
C.P. – P.L. 43
Loi sur les mines
TEXTE ANGLAIS

Algonquin Anishinabeg Nation Tribal Council

Brief to the Special consultations and public hearings on

Bill 43, *Mining Act*

Committee on Agriculture, Fisheries, Energy and Natural Resources

National Assembly of Québec

September 2013

Contents

1. Introduction 1
2. The Algonquin Anishinabeg Nation 1
3. Maintaining the free mining regime 2
4. Mining and Aboriginal rights 3
   a) Bill 43's purpose 3
   b) The misstatement of Québec's constitutional obligations 4
   c) Comparisons with Ontario's Mining Act and Québec's Sustainable Forest Development Act 5
   d) The problem of free mining and the duty to consult 6
5. Concrete effects of the new Mining Act for consultation and accommodation 7
   a) Environmental assessment 7
   b) Limited land use planning 8
6. The specific issue of exploration 10
   a) Bill 43 10
   b) Comparison with Ontario 11
   c) First Nations concerns 11
7. Delegated powers for municipalities 12
   a) Notice and monitoring 12
   b) Land use planning 13
   c) Increased municipal powers are incompatible with the rights of First Nations 13
8. Impact and benefits agreements 14
   a) Confidential private contracts 14
   b) Bill 43's new requirements 15
   c) Disclosure of IBAs is contrary to Québec's commitments and practice 16
   d) The practical reasons for confidentiality 17
9. Conclusion 18
   a) Respecting the principle of sustainable development 18
   b) The need for a change from the free mining regime 18
   c) The duty to consult and accommodate First Nations 18
   d) The specific issue of exploration 19
   e) Delegated powers for municipalities are incompatible with the rights of First Nations ... 19
   f) First Nations cannot be forced to negotiate impact and benefits agreements in public 20

1. Introduction

The introduction of a new *Mining Act* offers Québec the opportunity to adopt mining legislation for the 21st century. If Bill 43 simply tinkers with the existing rules, it will fail to address the rights of Aboriginal peoples and fail to meet the challenges posed by the recognition those rights have received in the courts in the past decade.

In its present form, Bill 43 promises mining development "in keeping with the principle of sustainable development," but lacks the recognition of the role for Aboriginal peoples that is part of sustainable development under international law.

Bill 43 lacks the constructive elements that Ontario added to its mining legislation in 2009 to address Aboriginal rights and prevent the social confrontation and litigation it had experienced in preceding years. The bill also fails to address the serious questions about the compatibility of an open entry system such as Québec's with the duty to consult Aboriginal peoples, issues raised in a case the Yukon Court of Appeal ruled on at the end of 2012.

The Algonquin Anishinabeg Nation is particularly concerned about:

- the absence of any requirement for meaningful consultation and accommodation at the crucial exploration stage;
- the delegation of the power to restrict mining to municipal governments, without recognition of First Nations' rights to control development on their own territory;
- the unilateral requirement for mining developers to disclose their confidential dealings with First Nations to the province, as if First Nations were municipal governments without the inherent right to self-government.

In its present form, the Algonquin Anishinabeg Nation is therefore opposed to Bill 43.

2. The Algonquin Anishinabeg Nation

The Algonquin Anishinabeg Nation Tribal Council (AANTC) represents the members of the Abitibiwinni (Pikogan), Eagle Village (Kipawa), Kitcisakik (Grand Lac Victoria), Kitigan Zibi (Maniwaki), Lac Simon, Long Point (Winneway), and Wahgoshig (Abitibi) First Nations.

The fundamental priorities of the AANTC are the protection and advancement of the aboriginal rights issues and the provision of assistance and services to the participating communities in advisory and technical fields.

Since time immemorial, the Algonquin or Anishnabeg people have occupied a territory whose heartland is the Ottawa River watershed, including the Abitibi and the Témiscamingue. Four hundred years ago, we greeted Champlain when he reached the Ottawa Valley in 1613.

Algonquin rights and title extend to lands on both sides of the Ottawa River, lands that British colonial law have placed within the boundaries of either the province of Ontario or Québec.

In 1996, the Supreme Court of Canada recognized Algonquin hunting and fishing rights in the Gatineau River Valley: *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139. In 2003, the Quebec Court of Appeal ruled on the nature of Algonquin hunting and fishing rights in the Lake Kipawa region, after the Attorney General of Québec conceded the existence of those rights: *R. v. Constant*, [2003] R.J.Q. 357, [2003] 2 C.N.L.R. 240; *R. v. Young*, [2003] R.J.Q. 395, [2003] 2 C.N.L.R. 317.

In this brief, reference to Algonquin lands and territory is to the land where we exercise Aboriginal rights and have Aboriginal title. We are not referring to the small parcels of land set aside as reserves within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. Moreover, the AANTC's members Kitcisakik and Long Point do not even occupy reserves: they occupy "Indian settlements" on provincial Crown lands and have been waiting decades for the federal government to set aside reserves for them.

3. Maintaining the free mining regime

Bill 43's explanatory notes openly admit that it is "largely based" on the existing *Mining Act* and "maintains Québec's current mineral tenure system and, in particular, the rights and obligations of mining rights holders." As a result: "It reaffirms the main provisions of the current statute as regards ownership of mineral substances, …prospecting, …the granting and renewal of mining leases, mining concessions, …protection, rehabilitation and restoration measures, …and the Minister's powers."

But Québec's current mineral tenure system is actually an anachronism, the continuation of the free mining or open entry regime invented in the 1840s to sort out disputes between prospectors in the California gold rush, when the state government was weak: Sophie Thériault, "Repenser les fondements du régime minier québécois au regard de l'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder les peuples autochtones" (2010), 6 *McGill International Journal of Sustainable Development Law and Policy* 217.[1]

Open entry means that the holder of a prospector's licence can enter freely onto most public lands and also private lands where the Crown asserts ownership of the minerals. The prospector has the right to stake a mining claim by demarcating an area of land and then to record the claim within a set period of time (this is now done on the Internet without the prospector having to go anywhere). Once recorded, the claim gives its holder an exclusive right to explore the claim area for minerals and, upon meeting certain conditions, the right to a mining lease that allows the minerals to be extracted.

Mining rights-holders take precedence over all other property-users: not only does a claim-holder have the right to carry out exploration throughout the claim area, a lease-holder has the surface rights needed to carry out mining activities. If the rights of others using the public or private lands covered interfere with mining, the holder of a mining lease has the right to expropriate them.

The Environmental Commissioner of Ontario has pointed out that the free mining regime makes mining the rule and treats everything else as secondary:

[1] http://www.mcgill.ca/jsdlp/sites/mcgill.ca.jsdlp/files/6_2_5_theriault_0.pdf

> […] The existing regulatory structure treats public land as freely open to mineral exploration. The consideration of other interests, such as the protection of ecological values, is reactionary, and the question of whether mineral development may be inappropriate is not answered upfront. Instead, it is assumed that mineral development is appropriate almost everywhere and that it is the "best" use of Crown land in almost all circumstances.
>
> *Reconciling Our Priorities: Annual Report 2006-2007*[2]

Bill 43 proposes the continuation of this reactionary regime.

4. Mining and Aboriginal rights

a) Bill 43's purpose

The first purpose set out for Québec's new *Mining Act* by Bill 43 is "to promote mineral prospecting, exploration and development in keeping with the principle of sustainable development": s. 16. This is an improvement over the current Act, whose s. 17 states that its purpose is merely "to promote prospection, mineral exploration and development…, taking into account other possible uses of the land in the territory."

But "the principle of sustainable development" as defined in international law includes a far larger role for Aboriginal peoples than Québec mining legislation has provided so far. Sustainable development is defined in the *Rio Declaration on Environment and Development*, UN A/CONF.151/26 (Vol. I). Principle 22 states that: "Indigenous people and their communities and other local communities have a vital role in environmental management and development because of their knowledge and traditional practices." [3]

The Québec government attended the United Nations Conference on Environment and Development (the Earth Summit) in Rio de Janerio, Brazil, in June 1992 and declared that it had chosen to recognize the principles set out in the *Rio Declaration*, as well as the Agenda 21 objectives: Ministry of Sustainable Development, Environment, Wildlife and Parks (MDDEFP), "Québec on the road to sustainable development."[4]

Agenda 21 is the program or action plan adopted at the Earth Summit, which set out detailed objectives for recognizing and strengthening the role of indigenous peoples and their communities in order to achieve sustainable development:

> 26.3. In full partnership with indigenous people and their communities, Governments and, where appropriate, intergovernmental organizations should aim at fulfilling the following objectives:
> a. Establishment of a process to empower indigenous people and their communities through measures that include:
> i. Adoption or strengthening of appropriate policies and/or legal instruments at the national level;

---

[2] http://www.eco.on.ca/uploads/Reports%20-%20Annual/2006_07/2007ar.pdf
[3] http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm
[4] www.mddefp.gouv.qc.ca/developpement/voie_en.htm

ii. Recognition that the lands of indigenous people and their communities should be protected from activities that are environmentally unsound or that the indigenous people concerned consider to be socially and culturally inappropriate;
iii. Recognition of their values, traditional knowledge and resource management practices with a view to promoting environmentally sound and sustainable development;
iv. Recognition that traditional and direct dependence on renewable resources and ecosystems, including sustainable harvesting, continues to be essential to the cultural, economic and physical well-being of indigenous people and their communities;

…

b. Establishment, where appropriate, of arrangements to strengthen the active participation of indigenous people and their communities in the national formulation of policies, laws and programmes relating to resource management and other development processes that may affect them, and their initiation of proposals for such policies and programmes;

…

26.8. Governments should incorporate, in collaboration with the indigenous people affected, the rights and responsibilities of indigenous people and their communities in the legislation of each country, suitable to the country's specific situation. Developing countries may require technical assistance to implement these activities.

Agenda 21: Programme of Action for Sustainable Development, U.N. GAOR, 46th Sess., Agenda Item 21, UN Doc A/Conf.151/26 (1992)[5]

Furthermore, since 2007, the *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, A/RES/61/295, has made the role of indigenous peoples with respect to development on their lands even clearer: "Indigenous peoples have the right to determine and develop priorities and strategies for the development or use of their lands or territories and other resources": article 32. The UN Declaration also indicates that States have the obligation to consult with the indigenous peoples concerned in order to obtain their "free, prior and informed consent before adopting and implementing legislative or administrative measures that may affect them": article 19.[6]

It is time for Québec to put the principle of sustainable development into action by recognizing and strengthening the role of First Nations in the management of mineral resources, including through legislation such as the *Mining Act*.

b) The misstatement of Québec's constitutional obligations

After the adoption of Bill 43, the *Mining Act* would provide that:

3. This Act must be construed in a manner consistent with the obligation to consult Native communities. The Minister must consult Native communities separately, having regard to all the circumstances.

[5] http://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf
[6] http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf

At best, this provision states that the Québec government is bound by the judgments of the Supreme Court of Canada. Nevertheless, in two short sentences, Bill 43 still manages to misstate Québec's constitutional obligations as recognized by the courts.

First, the province does not only have "the obligation to consult" – it also has the obligation to accommodate. According to the Supreme Court, accommodation serves "to avoid irreparable harm or to minimize the effects of infringement" on an Aboriginal people's claims to the lands and resources affected by government decisions. When the infringement is serious enough, accommodation can require consent: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, para. 47, 24.

Second, the province's obligation is not owed to "Native communities," a term invented by Québec's legislative drafters and that suggests First Nations are merely one of the "local communities" (s.104) to be found near a mine, like towns and villages. The province is obliged to consult and accommodate First Nations as Aboriginal peoples because their rights are recognized and affirmed by section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

No-one can seriously deny that the Algonquin have occupied the Ottawa River watershed, including the Abitibi and the Témiscamingue, since before the arrival of the Europeans and that fact means the Crown owes duties to the Algonquin that do not apply to others. Bill 43's use of the same terminology to describe First Nations as is used for municipalities is both inaccurate and inappropriate.

c) Comparisons with Ontario's *Mining Act* and Québec's *Sustainable Forest Development Act*

This brief is not meant to be taken as approval of Ontario's mining legislation, but it is striking to compare the provisions on Aboriginal rights in Bill 43 to those included in Ontario's new *Mining Act*, R.S.O. 1990, c. M.14.

Before 2009, Ontario lived through blockades and court injunctions over mining projects affecting First Nations, both in the southern part of the province and the north: *Frontenac Ventures Corp v. Ardoch Algonquin First Nation*, 2008 ONCA 534; *Platinex Inc v. Kitchenuhmaykoosib Inninuwug First Nation*, 2008 ONCA 620.

Since 2009, its mining legislation states:

> *Purpose*
>
> 2. The purpose of this Act is to encourage prospecting, staking and exploration for the development of mineral resources, in a manner consistent with the recognition and affirmation of existing Aboriginal and treaty rights in section 35 of the *Constitution Act, 1982*, including the duty to consult, and to minimize the impact of these activities on public health and safety and the environment.

Provision re Aboriginal or treaty rights

86.1 Every lease issued under this Act, including leases issued or renewed before the enactment of this section, shall include or be deemed to include the following provision:

> The Lessee's rights under this lease are subject to the protection provided for existing Aboriginal or treaty rights in section 35 of the *Constitution Act, 1982* and the Lessee shall conduct itself on the demised premises in a manner consistent with the protection provided to any such rights.

Beyond these general provisions, Ontario's 2009 *Mining Act* and its regulations adopted since then have added specific new rules to take Aboriginal and treaty rights into account. These include:

- the possibility for sites of Aboriginal cultural significance to be withdrawn, so that mining claims cannot be staked on them;
- the requirement that Aboriginal groups potentially affected by exploration activities be notified by developers or the province and consulted in advance;
- the possibility for First Nations to develop community-based land use plans with the Minister of Natural Resources for certain areas, where mineral exploration and development would be prohibited;
- the requirement that certified closure plans for mines be submitted, after Aboriginal consultation.

Bill 43 contains nothing comparable to the new rules in Ontario.

The *Sustainable Forest Development Act*, R.S.Q., c. A-18.1, that came into force in April 2013 also applies a very different approach than Bill 43's approach to mining. This new statute:

- aims to "establish a forest management model… that takes into account… the interests, values and needs of Native communities": Preamble;
- has as its purpose to establish "a forest regime designed to… determine how responsibilities under the forest regime are shared between the State, regional bodies, Native communities and users of the forest": s. 1(3); and
- states that "taking account of the interests, values and needs of the Native communities present on forest lands is an integral part of sustainable forest development": s. 6.

It is not clear why these same goals should not apply to mining.

d) The problem of free mining and the duty to consult

For at least the past 15 years, scholars have argued that free mining is incompatible with Aboriginal rights and title, due to the absence of consultation before open entry by prospectors entitles them to stake a claim: N. Bankes and C. Sharvit, *Aboriginal title and free entry mining regimes in Northern Canada* (Calgary: Canadian Arctic Resources Committee, 1998).

Last year, the Yukon Court of Appeal reached the same conclusion. It recalled that "[t]he honour of the Crown demands that it take into account Aboriginal claims before divesting itself of control over land." As a result, the court ruled, when the territorial government transfers mineral

rights to mining claim holders, "the Crown engages in conduct that is inconsistent with the recognition of Aboriginal title": *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, 2012 YKCA 14, para. 38, 32.

In face of the Yukon government's argument that it had no choice under the legislation and was obliged to recognize the mining claims, the court held (para. 56): "Far from being an answer to the plaintiff's claim in this case, the failure of the Crown to provide any discretion in the recording of mineral claims under the *Quartz Mining Act* regime can be said to be the source of the problem."

The Yukon Court of Appeal's judgment almost certainly means that, during the coming year, the territory will need "to make statutory and regulatory changes in order to provide for appropriate consultation": *Ross River Dena Council*, para. 57. (The Yukon government did not obtain leave to appeal to the Supreme Court of Canada: file no. 35236.)

For Québec, Bill 43 would change nothing about the current free entry system to ensure that the province's duty to consult and accommodate is carried out in accordance with the Constitution, even though the *Ross River Dena Council* case means the province cannot avoid the issue.

5. Concrete effects of the new Mining Act for consultation and accommodation

a) Environmental assessment

Currently, only uranium mining projects, metals mines with a capacity of 7,000 tonnes or more per day or other mines with a capacity of 500 tons or more per day are subject to impact assessment under the *Environmental Quality Act*, R.S.Q., c. Q-2 (*EQA)*.

As a result, for instance, the Kipawa Mine Project, which involves the development of a major heavy rare earths deposit on the territory of Eagle Village First Nation – Kipawa, is not being referred to the Bureau d'audiences publiques sur l'environnement (BAPE) because its scheduled daily production is only 4,000 tonnes: "Matamec Mandated Golder & Associates to Conduct the Environmental and Social Impact Assessment for its Heavy Rare Earths Kipawa Deposit", 12 September 2012.[7]

Bill 43 would amend the *Regulation respecting environmental impact assessment and review*, R.R.Q., c. Q-2, r. 23, s. 2(p), in order to subject "the development and operation of a mine" to an environmental impact assessment and review procedure (except for surface minerals such as sand, gravel, or peat): s. 283. Mines would also have to obtain certificates of authorization from Cabinet under s. 31.5 of *EQA* and mining leases would not be issued without them: s. 102(2).

This is a major step forward, but many Quebecers would probably be surprised to learn that it only brings southern Québec closer to the standard that has existed for northern Québec since 1975.

[7] http://www.matamec.com/vns-site/pressdetail-2012_09_12_matamec_mandated_golder_associates_to_conduct_the_environmental_and_social_impact_assessment_for_its_heavy_rare_earths_kipawa_deposit-en.html

After the province signed the *James Bay and Northern Québec Agreement* (JBNQA) with the Cree and the Inuit, "all mining developments" on the territory became subject to environmental and social impact assessment: ss. 22.5.1, 23.3.12. Sections 22 and 23 of the JBNQA created the first consistent environmental impact assessment process in Canada and predates the establishment of the BAPE in 1978.

However the JBNQA created impact review committees with Cree or Inuit participation: JBNQA, ss. 22.6.1, 23.3.1. For reviews of mining projects in southern or eastern Québec, First Nations would not have the right to name voting members to the BAPE. If a mining project is not referred to the BAPE, only the Minister of the Environment would decide whether the environmental impact statement is satisfactory: *EQA*, ss. 31.4, 31.5.

The *EQA* does not require the proponent's environmental impact statement to describe the project's effects on Aboriginal rights and title: *Regulation respecting environmental impact assessment and review*, s. 3. In practice, however, government directives require a description of the project's effects on Aboriginal use of the territory, especially for hunting, fishing and trapping: MDDEFP, "Directive pour la realisation d'une étude d'impact sur l'environnement d'un projet minier", January 2012, List 4;[8] "Directive 019 sur l'industrie minière", March 2012, para. 3.3.4.3. [9]

As the Federal Court of Canada has ruled, "standard procedures mandated by the environmental assessment rules [that] may be designed to minimize environmental impacts… cannot be said to be steps taken to minimize the effects" of a proposed project on the constitutionally-protected rights of Aboriginal peoples: *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2001 FCT 1426, par. 173, aff'd. [2005] 3 S.C.R. 38.

Subjecting mines to provincial environmental impact assessment would not ensure adequate consultation and accommodation of First Nations. The government appears to have recognized this problem in Bill 43 by providing that the Minister of Natural Resources "must consult Native communities separately, having regard to all the circumstances": s. 3.

b) Limited land use planning

First Nations' constitutionally-protected rights and title mean they are entitled to be part of prior, comprehensive land use planning in which they can set out zones where mining is clearly excluded and zones where it can only take place under conditions that respect their rights and title. Among other things, this will require government permitting and review that involves the First Nations, before claims are staked and before exploration takes place.

As the Environmental Commissioner of Ontario wrote, "free entry for mineral development, impedes land use planning. Ecological values should not only be identified, but they should also form the foundation of a comprehensive land use planning regime that possesses legal authority": *Reconciling Our Priorities: Annual Report 2006-2007*.

[8] http://www.mddep.gouv.qc.ca/evaluations/documents/Mines.pdf
[9] http://www.mddep.gouv.qc.ca/milieu_ind/directive019/directive019.pdf

Bill 43 would allow the Minister to withdraw "mineral substances" from prospecting, exploration or mining and for purposes in the public interest, including "plant-life and wildlife conservation": s. 250. This is an improvement over the current Act, which allows protected areas such as parks to be withdrawn from development, while the Minister may only "delimit territories for non-exclusive purposes of… plant-life or wildlife conservation": ss. 304(1) and (1.1).

But when Bill 14 proposed changes to the *Mining Act* in 2011, it would have added a power for the government to reserve or withdraw "land containing mineral substances" from development in order "to avoid conflicts with other uses of the territory, taking into account, among other things, regional land use planning": clause 90.

Mining often conflicts with First Nations' use of lands pursuant to their Aboriginal rights and title and a provision empowering the Minister to address the conflict would have been useful.

Instead, this power has disappeared from Bill 43, replaced by a more limited power for the Minister to "attach conditions to the mining lease to avoid conflicts with other uses of the territory": s. 102(3). While lease conditions could take conflicting Aboriginal land use into account, they take future development for granted and can only be imposed once exploration work is already complete.

As discussed in more detail below, in Bill 43, the role of integrating mining into land use planning has been delegated to regional county municipalities (MRCs), who would be able to designate areas as either "mining incompatible territories" or "conditionally mining compatible territories": ss. 251, 252. The MRCs' decisions could be overruled by the Minister of Municipal Affairs, on the basis of an opinion by the Minister of Natural Resources and government policy directions: ss. 279-281. No provision is made for decision-making on this issue by First Nations.

Bill 43's approach is very different from the provisions of Ontario's new legislation. The *Mining Act* of 2009 prohibits claims from being staked on land in northern Ontario (north of roughly the 51st parallel) if there is no community-based land use plan for the area or "if a community based land use plan has designated the lands for a use inconsistent with mineral exploration and development": s. 30(g).

The reason is that the *Far North Act 2010*, S.O. 2010, c. 18, requires the Minister of Natural Resources to work with First Nations that have indicated an interest in developing a land use plan, to prepare terms of reference, create a joint planning team, and develop such plan that will be subject to their approval: ss. 4, 9.

Without a role for First Nations, Bill 43's limited land use planning provisions will not ensure adequate accommodation of their Aboriginal rights and title.

6. The specific issue of exploration

a) Bill 43

Under Bill 43, once a claim is registered, a claim holder would automatically have "the exclusive right to explore for mineral substances on the parcel of land subject to the claim": s. 73. Moreover, the claim holder would have "access to, and may conduct any exploration work on, the parcel of land subject to the claim": s. 74(1).

On each anniversary date of registration of a claim, the Ministry of Natural Resources would receive a report from the claim holder on the plan of exploration work to be performed in the coming year: s. 81. Local municipalities would be entitled to notice from claim holders 90 days before exploration work to be conducted on its territory: s. 74(4). Bill 43 does not require such reports or notice be given to First Nations.

As stated above, Bill 43 would also subject "the development and operation of a mine" to environmental impact assessment under the *EQA*. However, it is still not clear whether exploration would be subject to environmental impact assessment.

The term "development" is not defined: s. 283. In practice, exploration is part of a mine's development. Moreover, the *Mining Tax Act* supports this interpretation because it defines "mining operation" to include exploration: R.S.Q., c. I-0.4, s. 1.

The term "exploration" is also not defined in Bill 43, while "mine" is defined to include "any opening or excavation made for the purpose of exploring for or mining mineral substances": s. 167. The Ministry of Natural Resources may therefore be tempted to restrict environmental impact assessment of a mine to the exploration work that actually creates an "opening or excavation."

All exploration should be subject to assessment, however, because it can have significant effects on the environment, whether or not excavation takes place. For instance, heavy machinery removes the vegetative mat and creates ruts or trenches, the construction of access roads leads to deforestation, the presence of dozens of workers at campsites or the presence of aircraft disturb wildlife. When exploration on nearby or adjoining claims takes place, the cumulative impacts also need to be taken into account: Écojustice, *Pour que le Québec ait meilleure mine : Réforme en profondeur de la Loi sur les mines du Québec* (2009), pp. 16-17.

The United Nations Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya, has observed that, in many cases, States take the position that consultations with indigenous peoples are not required for the exploration phase of mining and that consent need not be obtained, if at all, until a license for resource extraction is given. This position, in the view of the Special Rapporteur, is "simply not compatible with the principle of free, prior and informed consent or with respect for the property, cultural and other rights of indigenous peoples, given the actual or

potential effects on those rights when extractive activities occur": *Report: Extractive industries and indigenous peoples* (2013), A/HRC/24/41, para. 68.[10]

b) Comparison with Ontario

Ontario's *Mining Act* of 2009 includes a graduated regulatory system meant to take into account the impact of exploration activities on Aboriginal and treaty rights: ss. 78.2, 78.3, 140(1).

Exploration activities with low to medium impacts require at least notice to First Nations and include a period for written comments. Even for these activities, developers are expected to conduct themselves "in a manner consistent with the protection provided for existing Aboriginal and treaty rights in section 35 of the *Constitution Act, 1982*": *Exploration Plans and Exploration Permits*, O. Reg. 308/12, s. 2(b), 7, 14.

Advanced exploration involving high impact activities – for instance, excavation of material in excess of 1,000 tonnes or surface stripping over more than 10,000 square metres – requires compliance with an Aboriginal consultation plan, "filing a consultation report in the approved form detailing how comments from Aboriginal communities, if any, have been considered," and includes the possibility of referral to dispute resolution: *Mine Development and Closure Under Part VII of the Act*, O. Reg. 240/00, ss. 3, 8.1, 8.2.

c) First Nations concerns

First Nations have fought for consultation and accommodation beginning at the exploration phase of mining development and regardless of environmental assessment rules. Their rights and title must be considered as early as possible in the process, or else both the First Nation and the developer will suffer the consequences.

For instance, in January 2012, the AANTC's member the Wahgoshig First Nation obtained an injunction from the Ontario Superior Court of Justice to stop Solid Gold Corp.'s exploratory work on its Treaty 9 lands, during the period before Ontario's new *Mining Act* came into force.

The court ruled that the "negative effects on Aboriginal and treaty rights and restrictions on the ability to exercise such rights in preferred places constitute[d] irreparable harm": *Wahgoshig First Nation v. Her Majesty the Queen in Right of Ontario*, 2011 ONSC 7708, para. 51. The exploration involved clearing forest and bulldozing access routes to drilling sites on lands that a preliminary survey by the Ministry of Natural Resources had determined were an "area of cultural heritage potential," but without any consultation by the Crown having taken place: para. 12, 13. An appeal to the Divisional Court was dismissed: 2013 ONSC 632.

Similarly, in November 2011, the Ross River Dena Council obtained a judgment from the Yukon Supreme Court that declared that free mining regime was incompatible with their asserted Aboriginal rights and title, since under territorial legislation, once registered, a mining claim

[10] http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session24/Documents/A-HRC-24-41_en.pdf

automatically entitled its holder to engage in certain exploration work: *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, 2011 YKSC 84, aff'd. 2012 YKCA 14.

The Yukon government had actually created four classes of exploration, but under territorial environmental assessment law, only exploration in Class 2 or higher triggered the requirement for Aboriginal consultation: *Ross River Dena Council*, YKCA, para. 23, 24.

In the same case, the Yukon Court of Appeal ruled in 2012 that registering the claim without any consultation other than notice of the claim was unconstitutional: para. 44. The reason was that Class 1 exploration programs "can still have a substantial impact on the land. Such activities include – within prescribed limits – the clearing of land, the construction of lines, corridors and temporary trails, the use of explosives, the removal of subsurface rock, and other specified activities": para. 25. The territorial government has applied for leave to appeal this judgment to the Supreme Court of Canada.

This decision confirms that whenever "exploration activities will have serious or long-lasting adverse effects on claimed Aboriginal rights, the Crown must be in a position to engage in consultations with First Nations before the activities are allowed to take place. The affected First Nation must be provided with notice of the proposed activities and, where appropriate, an opportunity to consult prior to the activity taking place. The Crown must ensure that it maintains the ability to prevent or regulate activities where it is appropriate to do so": para. 51.

7. Delegated powers for municipalities

a) Notice and monitoring

As set out above, Bill 43 would subject almost all mining projects to environmental impact assessment. Local municipalities are already entitled to notice of a project on their territory that is subject to assessment: *Regulation respecting environmental impact assessment and review*, s. 10. However, no such notice is required for First Nations.

Bill 43 would also require claim holders to notify the local municipality within 60 days after registration of a claim and 90 days before exploration work to be performed on its territory: s. 74(3), (4). No similar provision is included for First Nations.

The holder of a mining lease would be obliged by Bill 43 to create an "an economic spinoff monitoring and maximization committee." Its role would be to monitor the work performed under the lease and seeking to maximize jobs, contracts and other economic benefits "for local communities": s. 104(1). Such a committee would have to include at least three members, including at least one "representative of the municipal sector" from the region in which the mining lease is located: s. 104(4). No role for First Nations would be provided for on these committees.

b) Land use planning

Under Bill 43, MRCs would be able to limit mining activities within their boundaries by designating either "mining incompatible territories" or "conditionally mining compatible territories": ss. 251, 252, 278. No such powers would be provided for First Nations.

This change would effectively delegate to the MRCs a version of the powers enjoyed by the Minister of Natural Resources to designate territories where the registration of claims is prohibited or subject to conditions under the current *Mining Act*, ss. 32, 52 and 304.

Mining incompatible territories under Bill 43 would be those where "the viability of activities would be compromised by the impacts of mining" and where mineral substances on future claims would therefore be withdrawn from prospecting, exploration and other operations: s. 251. On these territories, existing claims would lapse in the absence of exploration and no further claims would be allowed: s. 71(4).

On conditionally mining compatible territories, it would be up to the Minister of Natural Resources to establish the conditions for mining activities, based on the territories designated by the MRC: s. 252.

In addition, based on policy directions from the Minister of Natural Resources, the Minister of Municipal Affairs would have the power to change the boundaries an MRC has designated as either mining incompatible or conditionally mining compatible: s. 279.

c) Increased municipal powers are incompatible with the rights of First Nations

First Nations have constitutionally-protected rights, the Supreme Court of Canada has explained, because, "put simply, Canada's Aboriginal peoples were here when Europeans came, and were never conquered." This is the reason the Crown is obliged to consult and accommodate them before making decisions that could affect their rights: *Haida Nation*, para. 25.

Municipalities, on the other hand, have no independent constitutional status. As the Québec Court of Appeal explained when it upheld the forced municipal mergers of 2000, municipalities are mere "emanations of provincial power": *Ville de Westmount c. Procureur Général du Québec*, [2001] R.J.Q. 2520 (C.A.), para. 53.

For the province to delegate important powers to municipalities to decide how and where mining would take place on First Nations' traditional lands would be a direct contradiction of the "nation to nation" approach to Aboriginal affairs promised by the Premier of Québec earlier this year: "Suivi du Sommet sur les territoires et les ressources: La première ministre présente le bilan des actions gouvernementales en matière d'affaires autochtones", 18 June 2013.[11]

First, the delegation is offensive to First Nations because local governments with no constitutional status would have the power to affect the exercise of constitutionally-protected

[11] http://www.premier-ministre.gouv.qc.ca/actualites/communiques/details.asp?idCommunique=1775.

Aboriginal rights and title. For instance, a First Nation might find itself asking an MRC to protect its sacred sites from mining development.

Second, delegating this kind of decision-making to municipalities is difficult to reconcile with First Nations' right to consultation and accommodation. Last year, the British Columbia Court of Appeal held that a municipality was under no duty to consult a First Nation before authorizing commercial development of land adjoining its reserve and in the flood plain of an important fishing river: *Neskonlith Indian Band v. City of Salmon Arm*, 2012 BCCA 379.

The British Columbia Court of Appeal held that municipalities generally lack the legal authority to consult First Nations, often lack the practical resources to do so, and that they do not possess the remedial powers necessary to accommodate First Nations' interests: para. 68, 70, 71.

The Court concluded by expressing serious doubt "that it would be in the interests of First Nations, the Crown or the ultimate goal of reconciliation" for the duty to consult to be "pushed down" to local governments with the result "that consultation and accommodation would be thrashed out in the context of the mundane decisions regarding licenses, permits, zoning restrictions and local bylaws": para. 72.

It is hard to understand why in Bill 43, the Québec government is proposing to push down to the regional municipalities the power to decide when mining is incompatible with any other activity on the same territory, presumably including the exercise of Aboriginal rights. Moreover, the First Nations entitled to consultation and accommodation would be caught between MRCs with the theoretical power to protect their activities from mining development but without a duty to consult, on the one hand, and provincial cabinet ministers with a duty to consult but only limited powers to overrule the MRCs, on the other.

8. Impact and benefits agreements

a) Confidential private contracts

In 1994, Québec's Minister of Natural Resources signed the *Whitehorse Mining Initiative Leadership Council Accord*,[12] along with representatives of industry, labour, Aboriginal and environmental groups, the federal and other provincial governments. The Minister undertook to advance its goals and put them into effect, including: "To develop interim business agreements and/or participation agreements between the mining industry and affected Aboriginal communities."

A recent study by the National Aboriginal Health Organization explained the nature of impact and benefits agreements (IBAs):

> From the legal perspective, IBAs are privately negotiated contractual arrangements between a company putting forward the proposal to explore and extract the minerals (called the 'proponent'), and an Indigenous community, each side representing different and occasionally converging expectations. IBAs can be two-party or multi-party agreements. Although governed

[12] http://www.nrcan.gc.ca/sites/www.nrcan.gc.ca.minerals-metals/files/pdf/mms-smm/poli-poli/pdf/accord-eng.pdf

> by the common law of contract, these agreements typically contain characteristics of both contractual and regulatory instruments, being either voluntary in nature or a precondition for the granting of a government license or permit. Kerr (2000) and Campbell et al. (2001) describe capacity building and participation or access agreements as types of impact benefit agreements. The private nature of impact benefit agreements makes them subject to confidentiality provisions.
>
> IBAs can focus solely on economic benefits or, more broadly, contain socio-economic and environmental clauses such as community capacity building, respecting traditions, and alleviating the ecological burden of the mine development. Depending on the region and the land claim settlement, different agreements stipulate the requirement for proponents to talk to people potentially affected by the project. Even without a legislative framework to guide the process in the North, IBAs are now widely accepted as standard practice for new mines. Indian and Northern Affairs Canada (INAC) may demand that an IBA be negotiated because of perceived significant social/environmental impact or to satisfy its obligation towards Aboriginal people where land claims are outstanding (see Figure 3). The negotiation of IBAs is now considered to be a factual, albeit unwritten, regulatory requirement in Canada's North.
>
> Cathleen Knotsch and Jacek Warda, *Impact Benefit Agreements: A Tool for Healthy Inuit Communities?* (National Aboriginal Health Organization, 2009), p. 12 (emphasis added)[13]

The same study reported that an IBA has traditionally been "defined as a confidential agreement negotiated in the context of resource development between a company, the relevant provincial or territorial government and affected Indigenous organizations": p. 7.

First Nations leadership regularly face calls from their members for accountability with respect to IBAs and their content is routinely disclosed to them, either in summary or in detail. But since IBAs are also complex commercial agreements with private companies, they cannot be negotiated in public and First Nations do not generally disclose their contents to third parties.

b) Bill 43's new requirements

Under Bill 43, all documents and information obtained from rights holders for the purposes of the *Mining Act* would be considered public: s. 163(1).

Bill 43 would also allow the Ministry to request "any document and any information relating to the mining project": s. 102(5). In any case, the holder of a mining lease or concession would be obliged to "send the Minister any agreement entered into with a community": s. 123(2).

Moreover, "any agreement entered into between a holder of a mining lease or a mining concession and a community" would be disclosed to the public: s. 163(3). The only restriction would be for documents needed for the administration of justice or law enforcement: s. 163(4).

Law firms working for mining developers have concluded that "at first sight this would appear to cover agreements in principle and impact benefit agreements between mining companies and

[13] http://www.naho.ca/documents/it/2009_Impact%20and%20Benefit%20Agreements_Full%20Report.pdf

aboriginal communities": Jean-Philippe Buteau *et al.*, "Quebec takes another stab at reform of the Mining Act", Norton Rose, June 2013.[14]

Another firm representing mining companies interprets s. 163(3) as applying to agreements with "Native communities" and notes that "this obligation may conflict with current practice," since IBAs "are usually kept confidential": Jan-Martin LeBlanc and Pierre Langlois, "New Mining Act – A Detailed Review", Heenan Blaikie, August 2013.[15]

The government's intentions are somewhat confused, however, since Bill 43 mentions "Native communities" that must be consulted (s. 3), refers to "economic spinoffs for local communities" without explaining who they are (s. 104(1)), and distinguishes "urban communities or Native communities" (s. 255).

First Nations will take the position that they are not "communities" when they negotiate IBAs – neither "local" nor "Native" – since they are exercising the rights of Aboriginal peoples that are recognized and affirmed under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, not the *Mining Act*. They will not accept public disclosure of IBAs without their consent.

It is worth noting that if Québec does attempt to force the disclosure of IBAs on the basis of Bill 43, its conduct would not be unprecedented: it would be following the model of Alberta. Under the *Aboriginal Consultation Levy Act*, which is adopted but not yet in force, the province reserves the right to require a proponent to provide the government with "copies of agreements relating to consultation capacity and other benefits pertaining to provincial regulated activities": S.A. 2013, c. A-1.2, s. 8(1). However, even Alberta is not going as far as Québec, since it proposes that IBAs would remain confidential as far as the public is concerned and information would only be released "in aggregate form": s. 8(2) and (3).

c) Disclosure of IBAs is contrary to Québec's commitments and practice

The Premier of Québec has promised a "nation to nation" approach in Aboriginal affairs in June 2013, as noted above. However, there is no sign of this approach in Bill 43, in which s. 163(4) seems to exclude even the application of the normal restrictions on disclosure in access to information legislation.

Ordinarily, Québec law would exclude disclosure of information that "would likely be detrimental to relations between the Gouvernement du Québec and another government": *Act respecting access to documents held by public bodies and the Protection of personal information*, R.S.Q., c. A-2.1, s. 19. It would also prevent disclosure of a third party's confidential financial information or its information that is "likely [to] hamper negotiations in view of a contract": *Act respecting access*, ss. 23, 24.

But Bill 43 seems to have chosen not to apply any of the standard restrictions on disclosure, other than for information affecting the administration of justice and law enforcement: s. 163(4);

---

[14] http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/99561/quebec-takes-another-stab-at-reform-of-the-mining-act.

[15] http://www.heenanblaikie.com/en/Publications/2013/New-Mining-Act-A-Detailed-Review.pdf

Act respecting access, s. 28.

Moreover, the most prolific and significant signatory to IBAs in this province is actually Hydro-Québec, whose policy is to ensure the social acceptability of hydropower projects by signing agreements with First Nations: Hydro-Québec, *Sustainable Development Action Plan 2013–2016*, p. 4.[16] Yet the policy of Québec's largest and most important Crown corporation is to treat the agreements as confidential and refuse requests for disclosure under access to information legislation: *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, Vol. 42, N° 57 (39th Leg., 2nd Sess.), 2 November 2011.

In addition, under Bill 43, the Minister of Natural Resources would be able to "require that an agreement be entered into with the lessee for the purpose of maximizing the economic spinoffs within Québec of mining the mineral resources authorized under the lease": s. 103. Yet these agreements to be negotiated by the province for its benefit do not seem to be subject to the same rules on public disclosure as it would like to apply to other "communities."

When First Nations negotiate agreements, they are entitled to the same level of confidentiality as the Québec government itself.

d) The practical reasons for confidentiality

No matter what the text of Bill 43, First Nations will not consent to disclosure of the agreements they negotiate, except on their own terms. Bill 43 is therefore likely to place mining developers in the uncomfortable position of either reaching and respecting agreements with First Nations or else violating those agreements by following the rules Québec wishes to impose unilaterally.

It should not be hard to understand that "in a productive dialogue, a considerable number of things need to be said in confidence. That confidence has to be respected": Luke Danielson and Caroline Digby, *Architecture for Change: An Account of the Mining, Minerals and Sustainable Development Project History*, Global Public Policy Insitute, July 2006, p. 9.[17]

Either party to an IBA may have interests it wishes to protect through confidentiality. For a mining developer, the confidential information might be trade or technical secrets, while for the First Nation it could be traditional knowledge such as the location of culturally significant sites.

Moreover, First Nations have serious grounds to be concerned that governments will use IBAs to their detriment. Both federal and provincial governments have used the existence of IBAs as a reason not to carry out their own direct consultation and accommodation of First Nations. In fact, the Alberta government has legislated the right to require disclosure of IBAs in order "to plan and facilitate any required Crown consultation in respect of regulated provincial activities": *Aboriginal Consultation Levy Act*, s. 8(1)(b).

Also, since First Nations face consistent underfunding even for basic services such as health and education on reserve, they are concerned that IBAs will be used as an excuse by both the federal

[16] http://www.hydroquebec.com/publications/en/sd_action_plan/pdf/plan_action_dd.pdf
[17] http://pubs.iied.org/G00975.html

and provincial governments to reduce funding. In fact, the Alberta government has legislated the right to require disclosure of IBAs "to assist in determining the amount of grants to be provided to First Nations": *Aboriginal Consultation Levy Act*, s. 8(1)(a).

Finally, First Nations will often be concerned that public disclosure of an IBA could create the false impression that a particular industry or project is acceptable, when the motivations for entering into an IBA are far more complex. In fact, an IBA is often a way for a First Nation to make the best of a bad situation – such as negotiating mitigation measures to protect traditional activities – even if most members would have preferred for the project never to be built.

9. Conclusion

In its present form, the Algonquin Anishinabeg Nation is opposed to Bill 43.

a) Respecting the principle of sustainable development

No-one can seriously deny that the Algonquin have occupied the Ottawa River watershed since before the arrival of the Europeans and that fact means the Crown owes special duties to the Algonquin that do not apply to others. Bill 43 does not provide the means for meeting those duties.

Bill 43 lacks provisions for recognizing the role for Aboriginal peoples that is one of the principles of sustainable development that the Québec government undertook to respect. It would not apply to mining development the goal included in Québec's *Sustainable Forest Development Act* of "taking account of the interests, values and needs of the Native communities."

b) The need for a change from the free mining regime

Bill 43 maintains the free mining or open entry regime under which the holder of a prospector's licence can enter freely onto most public lands and stake a mining claim that gives it an exclusive right to explore the claim area and then obtain a mining lease to extract the minerals.

Open entry makes mining the rule and treats everything else as secondary, but Bill 43 fails to address the serious questions about the compatibility of free mining with the duty to consult Aboriginal peoples, issues raised in a case the Yukon Court of Appeal ruled on at the end of 2012.

c) The duty to consult and accommodate First Nations

The provision in Bill 43 that would subject mines to provincial environmental impact assessment would not ensure adequate consultation and accommodation of First Nations about their Aboriginal rights and title.

Concretely, Bill 43 lacks the constructive elements that Ontario added to its *Mining Act* in 2009 including:

- a stated purpose "to encourage prospecting, staking and exploration for the development of mineral resources, in a manner consistent with the recognition and affirmation of existing Aboriginal and treaty rights in section 35 of the *Constitution Act, 1982*";
- the possibility for sites of Aboriginal cultural significance to be withdrawn, so that mining claims cannot be staked on them;
- the requirement that Aboriginal groups potentially affected by exploration activities be notified by developers or the province and consulted in advance;
- the possibility for First Nations to develop community-based land use plans with the Minister of Natural Resources for certain areas, where mineral exploration and development would be prohibited;
- the requirement that certified closure plans for mines be submitted, after Aboriginal consultation.

d) The specific issue of exploration

Exploration can have significant effects on the environment, whether or not excavation takes place. Yet under Bill 43, once a claim is registered, the claim holder would automatically have exclusive exploration rights, including the right of access to and work on the land subject to the claim. The extent of environmental impact assessment that would take place before exploration is not clear.

First Nations have fought for consultation and accommodation beginning at the exploration phase of mining development and regardless of environmental assessment rules. As a result, the Yukon Court of Appeal ruled last year that free mining does not respect the Crown's duty of consultation and accommodation precisely because a claim automatically entitles a claim holder to begin exploration.

The court held that whenever exploration could have serious effects on claimed Aboriginal rights, "the Crown must be in a position to engage in consultations with First Nations before the activities are allowed to take place," but Bill 43 does not address this issue.

e) Delegated powers for municipalities are incompatible with the rights of First Nations

Under Bill 43, MRCs would be able to limit mining activities on their territory by designating either "mining incompatible territories" or "conditionally mining compatible territories," while no such powers would be provided for First Nations on their traditional lands.

Delegating important powers to municipalities over how and where mining would take place on First Nations' traditional lands is a direct contradiction of the "nation to nation" approach promised by the Premier of Québec. For instance, a First Nation might find itself asking an MRC to protect its sacred sites from mining development.

Moreover, delegating this kind of decision-making to municipalities is difficult to reconcile with First Nations' right to consultation and accommodation. Last year, the British Columbia Court of Appeal held that municipalities generally lack the legal authority to consult First Nations, often

lack the practical resources to do so, and they do not have the remedial powers necessary to accommodate First Nations' interests.

f) First Nations cannot be forced to negotiate impact and benefits agreements in public

Impact and benefit agreements (IBAs) are private arrangements between a resource developer and a First Nation, usually focussing on economic benefits or social and environmental protection measures as part of development. Often, an IBA is a way for a First Nation to improve a project, even if it does not necessarily support or agree with it, for instance, by negotiating mitigation measures to protect traditional activities.

IBAs have become a standard practice for new mines. Due to the exchange of technical, commercial or cultural information between developers and First Nations, IBAs almost always include confidentiality provisions.

Yet Québec has now decided in Bill 43, without consulting First Nations, that the holder of a mining lease or concession should be obliged to give the Minister "any agreement entered into with a community" and these agreements should be made available to the public.

This rule contradicts the "nation to nation" approach promised by the Premier. Since it is restricted to mining, this rule would not apply to Hydro-Québec, which regularly signs IBAs with First Nations but treats the agreements as confidential.

The disclosure rule would also prevent productive dialogue between mining developers and First Nations. Either party to an IBA may have interests it wishes to protect through confidentiality. For a mining developer, the confidential information might be trade or technical secrets, while for the First Nation it could be traditional knowledge.

Moreover, First Nations have serious grounds to be concerned that governments would use IBAs to their detriment. Both federal and provincial governments have used the existence of IBAs as a reason not to carry out their own direct consultation and accommodation of First Nations. Also, First Nations are concerned that IBAs would be used as an excuse by both the federal and provincial governments to reduce funding.

MITCHIKANIBIKOK INIK
Algonquins of Barriere Lake
Les Algonquins du Lac Barrière

Kitiganik • Rapid Lake - Lac Rapide (Québec) J0W 2C0
Téléphone : 819 435-2181 Fax : 819 435-2181

CAPERN – 055MA
C.P. – P.L. 43
Loi sur les mines

September 26, 2013

Grand Chief Alice Jerome
Algonquin Anishinabeg Nation Tribal Council
81 Kichi Mikan
Maniwaki, Quebec J9E 3C3

By Fax: (819) 449-8064

Madame Marie Bouillé
Chair,
Committee on Agriculture, Fisheries,
Energy and Natural Resources
Assemblée nationale du Québec
Hôtel du Parlement
1045, rue des Parlementaires
Québec (Québec) G1A 1A3

By Fax: (418) 643-0248

By E-Mail: capern@assnat.qc.ca

Re: Support for Algonquin Anishinabeg Nation Tribal Council Brief on Bill 43 - Mining Act

Dear Grand Chief and Madame Chair:

I am writing on behalf of the Algonquins of Barriere Lake to confirm our endorsement of and support for the content of the Algonquin Anishinabeg Nation Tribal Council's (AANTC) Brief on Bill 43 on the Mining Act to the Committee on Agriculture, Fisheries, Energy and Natural Resources.

Our community shares the concerns expressed in the AANTC Brief about the deficiencies contained in Bill 43 on the Quebec Mining Act, which are:

- *the absence of any requirement for meaningful consultation and accommodation at the crucial exploration stage;*
- *the delegation of the power to restrict mining to municipal governments, without recognition of First Nations' rights to control development on their own territory;*
- *the unilateral requirement for mining developers to disclose their confidential dealings with First Nations to the province, as if First Nations were municipal governments without the inherent right to self-government.*

We encourage the Committee Members and indeed the National Assembly to make the changes to Bill 43 on the Mining Act as requested by the AANTC in their Brief on Bill 43.

Rest assured as a member community of the Algonquin Nation our peoples will act in solidarity with the AANTC and its member communities on this issue.

Sincerely,

Chief Casey Ratt

cc. Chief Bruno Kishtabish, Abitibiwinni
Chief Madeline Paul, Eagle Village
Council of Kitcisakik
Chief Gilbert Whiteduck, Kitigan Zibi
Chief Salomee McKenzie, Lac Simon
Chief Derek Mathias, Long Point
Chief Kirby Whiteduck, Pikwakanagan
Chief Terrence McBride, Timiskaming
Chief Dave Babin, Wahgoshig
Chief Harry St-Denis, Wolf Lake
Grand Chief Allen McClaren, ANS
Regional Chief Ghislain Picard, AFNQL
Director, AFNQL-SDI

Algonquin Nation Secretariat

6A Kateri Street
Timiskaming Reserve
Notre Dame du Nord, QC J0Z 3B0

Tel: 819-723-2019
Fax: 819-723-2345
Email: info@algonquinnation.ca

September 26, 2013

Grand Chief Alice Jerome
Algonquin Anishinabeg Nation Tribal Council
81 Kichi Mikan
Maniwaki, Quebec J9E 3C3

By Fax: (819) 449-8064

Madame Marie Bouillé
Chair,
Committee on Agriculture, Fisheries,
Energy and Natural Resources
Assemblée nationale du Québec
Hôtel du Parlement
1045, rue des Parlementaires
Québec (Québec) G1A 1A3

By Fax: (418) 643-0248

By E-Mail: capern@assnat.qc.ca

Re: Support for Algonquin Anishinabeg Nation Tribal Council Brief on Bill 43 - Mining Act

Dear Grand Chief and Madame Chair:

I am writing on behalf of our Tribal Council the Algonquin Nation Secretariat (ANS) and our member communities of Timiskaming and Wolf Lake to confirm our endorsement of and support for the content of the Algonquin Anishinabeg Nation Tribal Council's (AANTC) Brief on Bill 43 on the Mining Act to the Committee on Agriculture, Fisheries, Energy and Natural Resources.

Our Tribal Council and member communities share the concerns expressed in the AANTC Brief about the deficiencies contained in Bill 43 on the Quebec Mining Act, which are:

- *the absence of any requirement for meaningful consultation and accommodation at the crucial exploration stage;*

- *the delegation of the power to restrict mining to municipal governments, without recognition of First Nations' rights to control development on their own territory;*

- *the unilateral requirement for mining developers to disclose their confidential dealings with First Nations to the province, as if First Nations were municipal governments without the inherent right to self-government.*

We encourage the Committee Members and indeed the National Assembly to make the changes to Bill 43 on the Mining Act as requested by the AANTC in their Brief on Bill 43.

Rest assured as members of the Algonquin Nation our Tribal Council and member communities will act in solidarity with the AANTC and its member communities on this issue.

Sincerely,

Grand Chief Allan McLaren
Algonquin Nation Secretariat

cc. Chief, Abitibiwinni
Chief, Barriere Lake
Chief, Eagle Village
Chief, Kitcisakik
Chief, Kitigan Zibi
Chief, Lac Simon
Chief, Long Point
Chief, Pikwakanagan
Chief, Wahgoshig
Regional Chief, AFNQL
Director, AFNQL-SDI